

**ГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ
ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА»
ОРЕНБУРГСКИЙ ИНСТИТУТ (ФИЛИАЛ)**

**ТРУДЫ
ОРЕНБУРГСКОГО ИНСТИТУТА
(филиала) МГЮА**

(выпуск двенадцатый)

Оренбург – 2010

Учредитель: Оренбургская областная организация «Попечительский совет Оренбургского института (филиала) Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московская государственная юридическая академии им. О.Е. Кутафина»

Рекомендовано к печати Редакционным Советом института.

Рецензенты: ректор МГЮА им. О.Е. Кутафина, профессор,
Заслуженный юрист РФ В.В. Блажеев
первый проректор МГЮА – проректор по научной работе,
профессор И.М. Мацкевич

Редакционный совет:

ПОЛШКОВ М.И. директор института, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н., профессор, председатель совета (главный редактор)

КОЛОТОВ А.Ф. заместитель директора по учебной и научной работе, заведующий кафедрой теории государства и права, к.ю.н., доцент, зам. председателя совета (ответственный редактор)

АРХИПКИН С.В. доцент кафедры аграрного и экологического права, к.ю.н., доцент
БОРИСОВ Я.Е. заведующий кафедрой конституционного и международного права, к.ю.н., доцент

ГОНЧАРОВ Д.В. заведующий кафедрой общегуманитарных, социально-экономических, математических и естественно-научных дисциплин и управления, доктор политических наук, профессор

ЕФИМЦЕВА Т.В. заведующая кафедрой трудового и предпринимательского права, к.ю.н., доцент

ЗАЙЦЕВА О.Б. доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и предпринимательского права

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

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

ПЛОТНИКОВ А.И. заведующий кафедрой уголовного права и криминологии, к.ю.н., доцент

ПОПОВ Е.Б. заведующий кафедрой иностранных языков, доктор педагогических наук, профессор

ШНИТЕНКОВ А.В. доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии

ЧЕРНЯЕВ В.С. заведующий кафедрой истории государства и права, к.и.н., профессор

ЧЕРНЯЕВ С.В. заведующий курсом правовой информатики, к.т.н., доцент

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, экологического, бюджетного и налогового законодательства; вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения; вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе; информационные технологии.

В статьях рассматриваются проблемы, связанные с функционированием государственно-правовой организации общества, как России, так и зарубежных стран.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Раздел первый

ВОПРОСЫ ГОСУДАРСТВА, ПРАВА, ОБЩЕСТВА И ПОЛИТИКИ

АРХИРЕЙСКАЯ Т.Ю.

Всеобщее избирательное право в системе принципов
электоральной демократии.....9

БЛИНОВА В.В.

Правоохранительные органы Южного Урала в годы Великой
Отечественной войны.....32

КОНОВАЛОВ В.А.

Общественный порядок и общественная безопасность.....43

ЛУКЪЯНОВА Е.Г.

Закон в русской юриспруденции первой половины XIX века.....53

РЫБКИНА О.В.

Бикамеральные региональные парламенты: особенности
формирования.....80

СОЛОДКАЯ М.С.

Модели выбора глав муниципальных образований в Российской
Федерации: достоинства и недостатки.....99

ЧЕМЕРИНСКАЯ В.В.

Профсоюзы: возникновение, развитие и законодательное
признание (из истории зарубежного законодательства).....113

ШЕШУКОВА Г.В.

Модернизация политической системы современной России.....124

ШИНКОВА С.С.

Влияние средств массовой информации на формирование
эстетических представлений личности.....136

ЯРЫГИНА Ю.В.

К вопросу о соотношении права и закона.....159

Раздел второй

ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

БУЯНОВА Е.В.

Социальные проблемы усыновления сквозь призму
судебной статистики.....173

ГУРЬЯНОВ А.П., КОВАЛЕВА О.А.

Субъекты образовательного кредитования.....189

КОВАЛЕВ М.В.

Развитие международной охраны вещательных прав авторов и
исполнителей.....202

ЛОМАКИНА Е.В.

Обязательное удостоверение нотариусом сделок, направленных на
отчуждение доли в уставном капитале ООО.....220

СИВАРАКША И.В.

Наследственное право: прошлое и настоящее.....236

ТОМИНА А.П.

Некоторые аспекты действия принципа состязательности в суде
первой инстанции в гражданском процессе.....247

ЯНЕВА Р.Р.

Право на предъявление иска по делам, связанным
с наследованием.....271

Раздел третий

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ВЕЛИКИЙ Д.П.

Толкование уголовно-процессуальных норм в системе с другими нормами УПК.....290

КОПЫЛОВА В.И.

Гражданский истец как полноправный участник уголовного судопроизводства.....311

ПЛОТНИКОВ А.И.

Нормативно-ценностный компонент вины.....326

ПЛОТНИКОВ А.И., ЛИТВИНЕНКО О.А.

Развитие Российского законодательства о подлоге.....346

РЕЗЕПКИН А.М.

Разделение основных уголовно-процессуальных функций, как элемент принципа состязательности сторон.....366

СМИРНОВА И.Г.

Понятие и классификация индикаторов социальной ценности уголовного судопроизводства.....374

ХУЗИАХМЕТОВ Д.М.

Содержание судейского усмотрения судьи в уголовном процессе...382

ШАМАРДИН А.А., АДильШАЕВ Э.А.

Об исследовании судом данных о виновности подозреваемого (обвиняемого) при санкционировании заключения под стражу.....394

ШМЕЛЕВА Е.С.

К вопросу о пределах апелляционного судебного разбирательства в уголовном процессе.....406

ШНИТЕНКОВ А.В.

Понятие специального субъекта преступлений, предусмотренных в гл. 23 УК РФ.....410

Раздел четвертый

ВОПРОСЫ ЗЕМЕЛЬНОЙ РЕФОРМЫ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО, БЮДЖЕТНОГО И НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

АРХИПКИН С. В.

Правовые меры охраны водных объектов
Российской Федерации.....421

ЛОПИНА И.М.

Некоторые проблемы правового статуса крестьянских
(фермерских) хозяйств.....439

МИХАЙЛОВА Е.С.

Проблемы правового регулирования экологической
Безопасности в Российской Федерации.....450

ОБУХОВА Т.И.

Современное состояние бухгалтерской экспертизы расходов.....462

РАХМАТУЛЛИНА О.В.

Исторический аспект развития упрощенной системы
налогообложения в России.....473

ЧАШКИН П.В.

Международные договоры Российской Федерации,
обеспечивающие охрану редких и исчезающих видов животных...491

Раздел пятый

ВОПРОСЫ ТРУДОВОГО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА И ПРАВА СОЦОБЕСПЕЧЕНИЯ

ЖУКОВА С.М.

Особенности формирования социально ориентированного индивидуального предпринимательства в современной России (государственно-правовой аспект).....516

ЗОРИНА Е.М.

Гарантии по нормам трудового права.....536

ФОМИН С.А.

Правовая природа инвестиционных соглашений международного характера.....545

ЯБЛОКОВА И.А.

Льготы специалистам государственных учреждений здравоохранения, работающим и проживающим в сельской местности.....568

Раздел шестой

ВОПРОСЫ ПЕДАГОГИКИ И ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА В НЕЯЗЫКОВОМ ВУЗЕ

КАБАНОВА О.В.

Проблема обучения речевому общению студентов на занятиях по иностранному языку.....577

МОИСЕЕВА Л.В.

Современные теории и методы обучения иностранным языкам.....590

ПОПОВ Е.Б.
Тестирование в системе обучения иностранному языку.....607

ХАЛЮШЕВА Г.Р.
Ошибки перевода в правовой сфере и способы их преодоления.....637

Раздел седьмой

ИНФОРМАЦИОННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

ЧЕРНЯЕВ С.В.
Исследование технологии организации азартных игр
в сети Интернет.....650

Раздел первый

ВОПРОСЫ ГОСУДАРСТВА, ПРАВА, ОБЩЕСТВА И ПОЛИТИКИ

ВСЕОБЩЕЕ ИЗБИРАТЕЛЬНОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ ПРИНЦИПОВ ЭЛЕКТОРАЛЬНОЙ ДЕМОКРАТИИ

АРХИРЕЙСКАЯ Т.Ю.,

к.ю.н., доцент кафедры конституционного и международного права

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532) 72-22-77,

e-mail: arhirta@mail.ru

Ключевые слова: всеобщее избирательное право, система принципов избирательного права, избирательная правосубъектность, ограничения избирательного права, избирательные цензы.

Данная статья посвящена комплексному исследованию принципа всеобщего избирательного права. В статье показано место принципа всеобщности в системе других электоральных принципов, предложено теоретическое обоснование содержания этого принципа. Особое внимание уделено вопросу об ограничениях избирательных прав. Отдельное место занимает анализ избирательных цензов, проведенный в контексте исторического опыта и современного развития.

Key Words: *universal suffrage, principles of electoral law, electoral personality, abridgement of electoral rights, electoral qualifications.*

The article is devoted to comprehensive analysis of principles of universal suffrage. The author provides theoretical justification of the principle of universality and indicates the position of universality among other electoral principles. Special attention is given to the problem of abridgement of electoral rights. The article also contains the analysis of electoral qualifications both in the history and nowadays.

В настоящее время в международном праве, а также в законодательстве большинства стран мира общепризнанно, что принцип всеобщего избирательного права выступает первоосновой, фундаментом развития демократического избирательного права. Ярким тому доказательством является то, что именно он определяет потенциальных субъектов избирательного процесса, тем самым, устанавливает содержание политического права на участие в управлении делами государства. Вторичность всех остальных принципов по отношению к принципу всеобщности заключается, очевидным образом, в том, что только тогда, когда установлены лица, обладающие избирательной правоспособностью, можно обоснованно говорить каким образом они будут реализовывать свое избирательное право. Именно в этом, считает Е.С. Троцкий, проявляется суверенитет народа, из которого вытекает требование, чтобы избирательные права имели все взрослые граждане, независимо от происхождения и социальной принадлежности. Таким образом, человек должен обладать определённой свободой, быть независимым от государственной власти¹.

При исследовании роли принципа всеобщего избирательного права в общественно-политическом развитии электоральной демократии в первую

очередь следует выяснить его положение в системе других электоральных принципов, а также его содержание и общественно-политическое значение.

Современная конституционно-правовая наука относит всеобщее избирательное право к одному из базовых и общепризнанных принципов избирательного права, без которых в современных условиях невозможно представить подлинно демократические выборы и формирование легитимных выборных органов публичной власти. Это принцип выступает своего рода квинтэссенцией законодательной регламентации основ избирательной демократии, поскольку носит комплексный характер и в концентрированном виде вбирает в себя черты многих других принципов избирательного права – принципа свободных, добровольных и открытых выборов, равенства избирательных прав.

Система общепризнанных избирательных принципов сложилась в процессе исторического развития взглядов на демократические способы формирования властных органов. Традиционно она выглядит как совокупность четырех основных характеристик субъективного избирательного права, нашедших свое закрепление в международных документах и на национальном уровне. Речь идет о принципах всеобщего, равного, прямого (в том случае, если национальное законодательство предусматривает проведение прямых выборов) избирательного права при тайном голосовании.

В советской правовой доктрине принцип всеобщности, наряду с другими тремя принципами считался одним из принципов «избирательного права»² или «избирательного права и избирательной системы»³, или «избирательной системы»⁴. В настоящее время, в рамках общепризнанного подхода к исследованию электоральных принципов принцип всеобщности продолжает рассматриваться многими учеными как классический принцип избирательного права и (или) избирательной системы⁵.

Вместе с тем, отметим, что современная государственная наука в большинстве случаев исходит из того, что подобный правовой подход, сводящий содержание избирательного права исключительно к четырем принципам, неоправданно сужает все многообразие избирательных правоотношений. Поэтому многие авторы идут по пути расширительного толкования избирательных принципов в рамках достаточно развернутой их классификации и относят принцип всеобщности к различным группам принципов. Так, П.А. Астафичев считает принцип всеобщности «принципом субъективного избирательного права, связанным с реализацией личного голосования и свободой волеизъявления»⁶. М.С. Матейкович выделяет три вида принципов: 1) основополагающий принцип (свобода выборов); 2) политические принципы (всеобщее, равное, прямое избирательное право, тайное голосование, добровольность участия граждан в выборах); 3) организационные принципы (подготовка и проведение выборов избирательными комиссиями, территориальный принцип организации выборов)⁷. А.Г. Головин подразделяет все принципы избирательного права на объективные или нормативно-организационные, относящиеся к организации выборов, избирательного процесса, и субъективные, относящиеся к субъективному избирательному праву граждан. В числе второй группы выделяется принцип всеобщности⁸.

Однако в большинстве экспертных оценок принцип всеобщего избирательного права относится к «принципу участия граждан в выборах». Например, С.Д. Князев систематизирует все принципы избирательного права на принципы организации и проведения выборов и принципы участия граждан в выборах. К первой группе принципов автор причисляет обязательность, периодичность, свободу, альтернативность выборов, допустимость различных избирательных систем, независимость органов, обеспечивающих организацию и проведение выборов. Ко второй он относит всеобщее, равное, прямое избирательное право, а также добровольность

реализации субъективных избирательных прав на основе личного и тайного голосования⁹. Аналогичную позицию занимают Ю.А. Дмитриев и В.Б. Израелян¹⁰. Принципом участия граждан в выборах считают всеобщее избирательное право В.Н. Белоновский и К.К. Гасанов¹¹.

Несомненно, подобный взгляд на систему принципов избирательного права способствует преодолению узкого подхода к оценке основных начал избирательного права, долгое время господствовавшего в юридической науке, и отражает целевое предназначение принципа всеобщности как одного из определяющих условий участия граждан в выборах.

С точки зрения современной и универсальной трактовки принцип всеобщего избирательного права подразумевает, что субъективное избирательное право предоставляется каждому гражданину по достижении определенного возраста, независимо от пола, расы, национальности, отношения к религии и убеждениям, имущественного и должностного положения. Это правоустановление закреплено в основополагающих международных документах. Однако подобный подход в историко-правовой практике выборов использовался не всегда. Новейшая избирательная история является историей постепенного и неуклонного вытеснения классовых избирательных систем системой всеобщего, равного и демократического избирательного права.

Что касается теоретического обоснования содержания принципа всеобщности, то в науке государственного права к этой проблеме наметилось несколько подходов. Так, представители дореволюционной школы права рассматривали указанный принцип в широком и узком смысле. Широкое понимание принципа всеобщности признает соответствующими ему лишь такие ограничения, которые являются естественно необходимыми, то есть связанными с психической способностью лица в полной мере осознанно руководить своими действиями¹². Согласно узкой трактовке всеобщими считаются выборы, участие в которых не ограничено лишь прямым

имущественным цензом¹³. Как писал Г. Майер, «по точному смыслу слова, под всеобщим правом голосования нужно бы разуметь такую постановку избирательного права, при которой в выборах могут принимать участие все, без всякого исключения. Но такая форма избирательного права никогда не существовала и никогда не может существовать. Некоторые категории непременно должны быть отстранены от пользования этим правом, а именно – дети и душевнобольные. Кроме того, почти всюду права голосования лишены и женщины. Затем избирательного права обыкновенно не имеют лица, лишенные гражданских прав чести, находящиеся под опекой или конкурсом, пользующиеся или пользовавшиеся общественной благотворительностью. Часто пользование избирательным правом ставится еще в зависимость от определенного времени, которое избиратель должен прожить в своем избирательном округе. Несмотря на эти ограничения, право голосования все-таки называется всеобщим, и только в том случае, если, помимо перечисленных, требуются еще и другие, особые условия для избирательного права, говорят об ограниченном праве голосования»¹⁴.

В советский период всеобщее избирательное право отождествлялось с юридической формой привлечения к участию в государственном строительстве граждан, обладающих избирательной правоспособностью¹⁵.

Представители современной науки считают всеобщими лишь такие выборы, от участия в которых отстраняются только лица, лишенные возможности сознательно осуществлять свои действия или руководить ими, то есть дети и люди, страдающие заболеваниями, связанными с расстройством волевой сферы психики¹⁶.

Разделяя в целом указанную точку зрения, добавим, что в общем виде содержание рассматриваемого принципа можно раскрыть через требование беспрепятственной реализации активного и пассивного избирательного права и отсутствии какой-либо дискриминации при наделении лиц правом избирать и быть избранным.

Таким образом, при всеобщих выборах единственным условием обладания избирательной правосубъектностью является гражданская дееспособность и, наоборот, приобретение лицом гражданской дееспособности означает возникновение у него избирательной правосубъектности, а ее утрата всегда сопровождается потерей избирательной правосубъектности.

Как известно, избирательная правосубъектность состоит из двух структурных элементов – избирательной правоспособности и избирательной дееспособности. Избирательная правоспособность понимается как возможность физического лица участвовать в выборах и быть субъектом избирательных правоотношений. В свою очередь, избирательная дееспособность – это способность лица приобретать и осуществлять свои избирательные права. В своей совокупности избирательная правоспособность и дееспособность служат предпосылкой обладания избирательными правами¹⁷.

Возникновение гражданской дееспособности традиционно связывается с достижением определенного возраста, а утрату – со вступлением в силу решения суда о признании гражданина недееспособным. Следуя данному правилу, считаем, что освобождение от участия в выборах несовершеннолетних и недееспособных не нарушает принципа всеобщности и является важнейшей правовой гарантией принципа законности при проведении избирательных кампаний. Все прочие условия, действующие в той или иной избирательной системе, следует признавать отступлениями от принципа всеобщности выборов, оценивая их с точки зрения полезности и объективной необходимости в конкретных исторических условиях.

Носителями избирательной правосубъектности выступают субъекты избирательных правоотношений. При всем многообразии последних¹⁸, следует оговориться, что принцип всеобщности распространяется только на избирателей, наделенных активным или пассивным избирательным правом.

Активное развитие принципа всеобщего избирательного права приходится на конец XIX – начало XX вв. Именно в этот период во многих зарубежных странах проводятся избирательные реформы, результатом которых становится повсеместный переход избирательных ограничений от классовых и имущественных в сторону всеобщности выборов.

Углубляясь в анализ проблемы, следует иметь в виду, что становление всеобщего избирательного права напрямую связано с развитием цензового права. В течение долгого времени избирательным правом наделялись лишь те, кто обладал определенным имуществом, образованием и другими условиями. В науке конституционного права эти условия именуется избирательными цензами.

В большинстве справочных и энциклопедических источников избирательные цензы, или квалификации (лат. *census*, от *senseo* – делаю опись, перепись) определяются как устанавливаемые конституцией или избирательным законом «условия» или «ограничения» для осуществления избирательного права¹⁹. В свою очередь ограничения было бы просто определить как специальные нормы, в которых содержатся исключения из общих избирательных положений. Однако такой подход сам по себе является ограниченным, поскольку заранее презюмирует, что эти общие положения не содержат никаких ограничений, вполне удовлетворительны в социально-правовом плане. Подобную убежденность демонстрируют многие исследователи.

«Нет ничего наивнее представления, будто всеобщее избирательное право есть право, принадлежащее всем и каждому в отдельности», – утверждал В.М. Гессен, – «не подлежит никакому сомнению, что каждое лицо, осуществляя свое избирательное право, осуществляет определенную общественную функцию. Надея граждан избирательным правом, то есть общественной функцией, государство не может не считаться с наличием или отсутствием у него «избирательной способности». Если под

избирательным цензом понимать всякое вообще положительное или отрицательное условие, коим закон обставляет участие в выборах, то нет и не может быть избирательной системы, в которой не имелся бы налицо избирательный ценз»²⁰.

Приведенное высказывание наглядно подтверждает, что избирательные ограничения далеко не однородны, они предопределяются господствующей в государстве идеологической доктриной, зависят от конкретного политического режима. Поэтому нельзя не согласиться со справедливостью определения А.А. Белкина, определяющего избирательные цензы как «юридические пределы потенциального участия физических лиц в избирательных кампаниях, включая определение их результатов»²¹.

В системе регламентации субъективных избирательных прав В.В. Игнатенко выделяет две основные функции избирательных цензов: 1) квалификационную (фиксация электорального корпуса на основе закрепления условий приобретения избирательного права) и 2) правоограничительную (ограничение состава электорального корпуса)²².

Цензовое право формировалось на протяжении многих столетий, в результате чего в процессе своего формирования претерпевало множество изменений. На разных исторических этапах развития общества применялись различные цензы, что определялось политическими условиями развития государства. Некоторые из них давно утратили свою актуальность, другие же функционируют в системе избирательного права и сегодня, доказав свою востребованность и объективную необходимость.

К сожалению, в науке государственного права до сих пор отсутствует единая и стройная классификация избирательных цензов, применяемых для активного или пассивного избирательного права.

До сих пор общепризнанной считается классификация В.М. Гессена, который разграничил две категории цензов: 1) индивидуальные (они констатируют избирательную способность (или неспособность) отдельного

индивида, как такового и устраняют его от участия в выборах, независимо от принадлежности к тому или иному общественному классу (сюда относятся цензы подданства, возраста, общегражданской дееспособности, нравственной неопороченности, служебной и личной независимости избирателя); 2) коллективные (признают избирательную способность (или неспособность) за определенной общественной группой или классом и устраняют от выборов определенную, более или менее многочисленную, общественную группу (имущественный ценз, половой, сословный и др.). При этом автор подчеркивает, что с началом всеобщего избирательного права совместимы индивидуальные избирательные цензы и не совместимы избирательные цензы, имеющие классовый характер²³. При анализе избирательных цензов многие современные исследователи останавливают свой выбор именно на указанной классификации²⁴.

Другие авторы предлагают более ограниченную группировку цензов, относя к той или иной группе отдельные виды избирательных ограничений. К примеру, Б.В. Щетинин вводит понятие «цензы компетентности», причисляя к ним возрастную ценз и ценз оседлости назвал²⁵.

Оригинальное деление цензов проводит И.В. Тепляшин. Он выделяет технические, охранные и дискриминационные цензы. Первые из них позволяют упорядочить процедуру и итоги выборов. Технические цензы выводят из числа участников избирательного процесса следующие категории: 1) недееспособных и несовершеннолетних лиц; 2) лиц, не имеющих устойчивых и определенных оснований для пользования активным избирательным правом; 3) лиц, не имеющих постоянное местожительство на конкретной территории; 4) лиц, возраст которых дает основания для отграничения их пассивного избирательного права. Охранные цензы отстраняют от числа участников выборов лиц, влияние которых на политику может оказаться опасным для государственного строя (ограничения, налагаемые на военнослужащих, государственных служащих, банкротов,

должников). Дискриминационные цензы порождают бессрочное лишение избирательных прав, применяемое к представителям оппозиции, а также к категориям лиц со слабой социально-правовой защищенностью. Такие цензы исключают возможность участия в выборах женщин, лиц «низкого происхождения», определенной национальности, расы²⁶.

В рамках интересующей нас проблемы интересна классификация, предложенная Е.С. Троцкий, которая подразделяет все ограничения избирательных прав на «объективно необходимые», без установления которых не обходится ни одна избирательная система (возрастной ценз, ценз оседлости, гражданства и др.), и на дискриминационные, ущемляющие права и свободы, как большинства, так и меньшинства (половой, национальный, расовый, языковой и др.)²⁷.

Для объективного понимания сущности избирательных ограничений обратимся к характеристике основных видов цензов в контексте исторического опыта, а также современного развития.

Возрастной ценз. Данный вид ценза используется в избирательном праве всех без исключения стран мира. Он выражается в требовании избирательного закона, согласно которому право участвовать в выборах или занимать определенную должность предоставляется лишь при достижении определенного возраста. Его суть состоит в том, что для реализации своего права участвовать в управлении государством необходим определенный уровень зрелости человека, что обычно связывается с достижением совершеннолетия.

Примечательной особенностью современной избирательной системы является повсеместное снижение возрастного ценза. Если в XIX – начале XX вв. минимальный возраст избирателей составлял 20 – 30 лет (20 лет – в Венгрии, Швейцарии; 25 лет – в Германии, Голландии, Испании, 30 лет – в Дании)²⁸, то в настоящее время возрастной ценз для осуществления активного избирательного права в более чем в 100 стран мира составляет 18

лет, а в 4 странах – Бразилии, Кубе, Иране, Никарагуа – правом голоса пользуются граждане с 16 лет. Лишь в некоторых государствах возрастная планка выше – в Австрии избирательное право предоставляется лицам, достигшим к началу избирательной кампании 19 лет, в Японии – 20 лет²⁹.

При этом в ряде стран возрастной ценз для активного избирательного права был снижен до 18 лет сравнительно недавно: в Германии – в 1970 г., в США – в 1971 г., во Франции – в 1974 г., в Италии – в 1975 г., в Дании – в 1978 г.³⁰.

По нашему мнению, минимальный избирательный возраст, равный 18-ти годам, как самый оптимальный вариант, продиктован, как правило, тем, что в этом возрасте происходит начало самосоциализации, самосовершенствования молодого человека, формирования его политической позиции и активности как избирателя, во многом обусловленных его биологическими возрастными особенностями, а также признанием за молодым гражданином общей правовой дееспособности.

Для пассивного избирательного права возрастной ценз, обыкновенно, выше и отличается гораздо большим разбросом: на выборах в общенациональные представительные органы – от 18 (Германия, Нидерланды) до 40 лет (в верхнюю палату парламента Италии), а на выборах главы государства – от 30 (Колумбия) до 50 лет (Италия)³¹.

Представляется, что подобный правовой подход, вполне оправдан и объясним, поскольку в случае избрания кандидатов на высшие государственные должности, они будут определять основные направления развития государственной политики, решать глобальные государственные вопросы, что, безусловно, требует определенной зрелости, накопленного жизненного опыта, а также достаточной практики работы и общественной деятельности.

В ряде стран устанавливается не только нижний, но и верхний возрастной барьер. Так, в Намибии, Казахстане, Таджикистане кандидат на

пост президента страны должен быть не старше 65 лет, в Тунисе, Туркменистане – 70 лет³². Полагаем, что такое условие не отвечает общепринятым критериям демократичности избирательного процесса. Мировая история знает достаточно примеров руководителей, проявивших выдающиеся качества государственных и общественных деятелей в зрелом возрасте.

Традиционным для избирательных систем зарубежных государств является *ценз гражданства*, предполагающий, что к выборам допускаются лица, состоящие в гражданстве данного государства. Подобная позиция государств вполне объяснима. Избирательное право относится к категории политических прав, обязательным условием наличия и пользования которыми является в первую очередь принадлежность к гражданству. Однако следует иметь в виду, что требование гражданства является в современных условиях допустимым лишь постольку, поскольку оно относится к признанию необходимости самого факта правовой принадлежности лица государству. Закрепление же зависимости избирательной правоспособности от способа приобретения гражданства представляется нам серьезным и необоснованным нарушением данного принципа.

К законодательной регламентации указанного ценза государства подходят по-разному. Некоторые страны не устанавливают каких-либо сроков состояния в гражданстве для того, чтобы гражданин мог реализовывать свое избирательное право. Предполагается, что правом избирать и быть избранным могут пользоваться все граждане, состоящие в гражданстве на день выборов. Например, страны Британского Содружества наций – бывшие британские колонии (Ямайка, Сент-Винсент и Гренадины, Соломоновы острова) предоставляют избирательные права всем проживающим гражданам Содружества.

В других государствах приобретение избирательного права может быть оговорено сроком гражданства. Преимущественно это касается

пассивного права. Например, согласно ч. 1 п. 2 и ч. 1 п. 3 Конституции США от 17 сентября 1787 г. членом палаты представителей может быть избрано лицо, состоящее в гражданстве не менее 7 лет, а сенатором – не менее 9 лет³³. В Аргентине натурализованные граждане получают право голоса лишь спустя 3 года после получения гражданства, в Тунисе – после 5 лет. Иногда установлено требование быть гражданином по рождению (для кандидатов в президенты – в США, Финляндии, Беларуси, Казахстане)³⁴. Президентом Греции может быть избрано «любое лицо, имеющее греческое гражданство по меньшей мере в течение пяти лет, отца – грека, 40 полных лет и обладающее правом голоса»³⁵.

Интересной особенностью избирательного права Индии является то, что в нем предусмотрены особые ограничения для так называемых «враждебных граждан», к которым относятся индийские граждане, «добровольно проживающие или поддерживающие коммерческие отношения с государствами, находящимися с Индией в состоянии войны»³⁶.

Современная геополитическая ситуация, широкое распространение трудовой миграции ставят государства перед необходимостью уделять значительное внимание голосованию своих граждан за пределами страны. Одни государства широко практикуют голосование по почте (Швейцария, Канада, Новая Зеландия, Австралия, Швеция). Другие проводят серьезную работу по уточнению места жительства избирателей, высылают карты избирателей, приглашают голосовать в посольства (Греция, Румыния, Латвия, Италия). Например, голосование на выборах Президента Румынии в 2004 г. было организовано в 90 странах³⁷.

Широкое распространение в избирательной практике получил *ценз оседлости*, согласно которому наличие активного или пассивного избирательного права связано с определенным сроком проживания в данной местности или стране. Это ограничение направлено на то, чтобы избиратели (а тем более избираемые) были укоренены в данной местности, тесно

связаны с ее проблемами и интересами. При этом следует оговориться, что установление чрезмерно высокого ценза оседлости для активного права носит дискриминационный характер, поскольку, на наш взгляд, нет однозначной зависимости между временем проживания человека на соответствующей территории и степенью его осведомленности об ее основных проблемах, компетентности в них.

Указанные обстоятельства обнаруживают тенденцию к сокращению и исчезновению цензов оседлости избирателей, по крайней мере, на всеобщих выборах. Например, во Франции и Бельгии для голосования на всеобщих выборах установлен ценз оседлости, равный 6 месяцам, в Новой Зеландии и Японии – 3 месяца, в Канаде и Финляндии – 1 год. В США этот ценз варьируется в разных штатах от трех месяцев до одного года. В Великобритании, Германии и Австрии закон требует от избирателя постоянного местожительства, не определяя его продолжительности³⁸.

Для пассивного избирательного права могут вводиться и более жесткие требования. Так, в Болгарии гражданин, чья кандидатура выставляется на пост президента, должен постоянно проживать на территории страны не менее 5 лет, предшествующих выборам, в России – не менее 10, США – 14 лет, Грузии, Казахстане, Туркменистане – 15 лет³⁹.

Теперь обратимся к рассмотрению цензов, исчезающих по мере развития цивилизации или ставших историческим наследием.

В XIX в. и начале XX в. повсеместно применялся *имущественный ценз*, или экономический ценз (ценз *par excellence*) который состоял в том, что избирательное право предоставлялось только лицам с определенными доходами или собственностью, или вносящим налоги не ниже определенной суммы⁴⁰. Необходимость имущественного ценза в это время признавалась известного рода аксиомой.

Теоретическое обоснование данному цензу дал французский публицист Гизо, который доказывал, что прирожденных прав на

государственную власть вообще не существует. Он считал, что избирательное право является общественной функцией, которая должна быть осуществляема теми избирателями, которые способны на ее осуществление. Для этого требуются следующие данные. Во-первых, образование, необходимое для того, чтобы человек способен был сознательно отнестись к вопросам государственной жизни и понять их; во-вторых, необходим досуг – лица, которые всецело поглощены борьбой за существование, неспособны уделять достаточное время для занятия общественными делами; в-третьих, необходима личная заинтересованность, чтобы избирательное право осуществлялось не из эгоистических интересов, а в общих интересах. Всем этим требованиям отвечают исключительно имущественно состоятельные классы⁴¹.

В пользу данного ценза приводилось и то соображение, что только граждане, участвующие в несении государственного бремени в виде уплаты налогов, могут иметь право на участие в государственном управлении.

Несомненно, применение имущественного ценза значительно сужало электорат. Так, в Великобритании до избирательной реформы 1832 г. активным избирательным правом обладало всего 10% взрослого населения страны (это мужчины-собственники, платившие ренту). Кандидатами в парламент могли быть только землевладельцы с годовой рентой не менее чем в 300 фунтов стерлингов. В результате проведенной реформы электорат возрос до 20%, в его состав вошли землевладельцы и арендаторы. После проведения реформы 1867 г. число избирателей возросло до 32% (право голоса получили наниматели и владельцы помещений). Только в 1918 г. Актом о народном представительстве имущественный ценз был упразднен⁴². Обязательным условием для участия избирателей в выборах имущественный ценз выступал и во многих других странах: до 1983 г. – в Бельгии, до 1912 г. – в Италии, до 1907 г. – в Норвегии, до 1909 г. – в Швеции⁴³.

В настоящее время право избирать и быть избранным не обуславливается имущественным цензом ни одной развитой стране.

Тесно связанным с имущественным считается *образовательный* ценз, который предполагает допущение к выборам лиц, обладающих определенным уровнем образованности. Этот ценз активно практиковался в XIX в. (в Голландии, Венгрии, Италии и др.), когда образование было доступно далеко не всем слоям населения. По мере того как начальное, а затем и общее образование становилось бесплатным и обязательным, данный ценз утрачивал свой имущественный характер. В резолюции 1962 г., принятой Подкомиссией ООН по предупреждению дискриминации и защите меньшинств устанавливалось, что «право на участие в голосовании не зависит от грамотности или любого другого образовательного ценза»⁴⁴. К настоящему времени под давлением демократических сил из избирательного закона большинства стран этот ценз изъят почти полностью⁴⁵.

На наш взгляд, наличие образования не служит гарантией политической подготовки и политического правосознания, как не может быть убедительной идея о том, что необразованный человек не может изучить или сравнить политические программы, равно как отдать предпочтение тому или иному кандидату, политической партии, избежать возможности манипулирования его политической волей.

Разновидностью образовательного ценза выступает ценз грамотности, подразумевающий умение писать и читать на государственном языке. Он в настоящее время наблюдается не столь редко, особенно когда речь идет о пассивном избирательном праве. Например, в Бразилия не могут быть избранными неграмотные⁴⁶.

Распространенным явлением XIX в. выступал *сословный* (классовый) ценз, который выражался в том, что преимущественное право участия в выборах принадлежало высшим сословиям государства (землевладельцам, промышленникам, дворянам и т.д.). В свою очередь, низшие сословия

(рабочие, крестьяне, военнослужащие и др.) в выборах не участвовали или участвовали ограниченно лица. Как объяснял Н.П. Дружинин, привилегированное положение высших сословий обыкновенно связывалось со службой государству, с близостью к государю, с услугами, оказываемые ему, активным участием в местном управлении и личным влиянием на дела страны⁴⁷. Сословная система выборов существовала в Австрии (до 1907 г.), России (до 1918 г.), Пруссии (до 1915 г.)⁴⁸.

Наряду с имущественным и сословным цензами уходит в историю *ценз пола*. Он заключается в недопущении к выборам женщин и выступает традиционным явлением для избирательных систем XIX в., где всеобщее избирательное право распространялось лишь на взрослое мужское население. В начале XX в. развернулось широкое общественное движение с требованием предоставления женщинам избирательных прав – суфражизм (от англ. *suffrage* – право голоса, избирательное право). Женщин – сторонниц равного с мужчинами права голоса называли суфражистками⁴⁹. Результатом этой борьбы становится практически полное (не считая некоторых мусульманских государств) снятие ограничений по признаку пола.

Впервые женщины получили избирательные права на выборах всех уровней в 1893 г. в Новой Зеландии, в 1906 г. – в Финляндии. До 1917 г. женщины имели право участвовать в выборах еще только в Австралии, Дании, Исландии и Норвегии. В России ценз пола был снят в 1917 г. при выборах в Учредительное собрание, потом в Конституции РСФСР 1918 г. Заветная мечта участвовать в выборах исполнилась для женщин Англии – в 1928 г., Франции – в 1944 г., Италии – в 1945 г.⁵⁰. 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.⁵¹.

В настоящее время особые ограничения права голоса для женщин установлены лишь в нескольких небольших государствах Латинской

Америки: на Гаити женщины имеют право голоса только на выборах в местные органы государства; в Гватемале избирательные права женщины обусловлены цензом грамотности, тогда как для мужчин этого ценза нет. Во многих Арабских странах (Бахрейн, Катар, Кувейт) женщины не имеют права голоса при выборах в парламент.

Особую цензовую группу образуют так называемые «моральные цензы». Это требования избирательного закона, согласно которому для обладания активным и (или) пассивным избирательным правом необходимо иметь «высокие моральные качества» или «вести достойный образ жизни». В Канаде не имеют право голоса лица, осужденные за нарушения на выборах, за коррупцию на выборах; в Бельгии – совершившие преступления по отношению к семье и «бытовые» преступления; в Австрии, Бразилии – за государственную измену⁵². В Мексике лишены избирательных прав граждане, обвиненные в бродяжничестве или систематическом пьянстве⁵³. Членами парламента и провинциальных законодательных собраний Пакистана может стать гражданин, который не является банкротом, не лишен подданства Пакистана, не был уволен с государственной службы за плохое поведение, не обвинялся в коррупции, незаконной деятельности и т.п. Кандидат должен быть «благоразумным, справедливым», «не склонным к расточительству», «надежным» и «правоверным»⁵⁴.

Как считает И.А. Алебастрова, к категории моральных цензов относится отстранение от участия в выборах на основании приговора суда, а также лиц, находящихся в местах лишения свободы. Она аргументирует свою позицию тем, что законодатель, лишая соответствующих лиц права участия в выборах, руководствуется мотивами именно нравственного характера⁵⁵. Полагаем, что ограничение указанной категории в избирательных правах является временным ограничением права избирать и быть избранным и вообще не относится к избирательному цензу,

выступающему, как указывалось выше, определенным условием для лишения избирательных прав.

Во многих исламских государствах сохранился *религиозный ценз*. В соответствии с Конституцией Алжира кандидат на должность президента должен исповедовать ислам⁵⁶. Согласно Конституции Сирии от 13 марта 1973 г. президент обязан быть мусульманином, хотя ислам официально не является государственной религией данной страны⁵⁷.

Ряд особых цензов относятся к пассивному избирательному праву. В их числе *ценз неизбираемости*, т.е. невозможности для лица баллотироваться кандидатом. Неизбираемость связана со специальными ограничениями для определенных категорий избираемых и означает, что некоторые должностные лица не могут выдвигать свои кандидатуры на выборах, пока не ушли в отставку с занимаемого поста (государственные служащие определенных рангов, судьи, прокуроры и т.п.). Так, во Франции генеральные инспекторы административных органов со специальными поручениями и префекты не могут быть избраны в любом избирательном округе, входящем в состав территории, на которой они выполняют свои функции или выполняли их в последние три года до выборов.

Некоторыми авторами к избирательным цензам относится *несовместимость* депутатского мандата или выборной должности⁵⁸. С подобным мнением трудно согласиться. Несовместимость не препятствует участию гражданина в выборах. Она не препятствует выдвижению кандидатов, а выступает в качестве обязательного условия только после победы на выборах. Это свидетельствует, что, по сути, несовместимость ограничивает не избирательные, а трудовые (профессиональные) права граждан. Поэтому об избирательных ограничениях уместно говорить применительно не к несовместимости, а к неизбираемости, которая действительно исключает участие гражданина в выборах в качестве зарегистрированного кандидата.

Таким образом, в контексте последовательного осмысления принципа всеобщего избирательного права можно сделать вывод, что его нельзя абсолютизировать или подходить догматически. Ряд индивидуальных ограничений избирательных прав продиктован реалиями жизни и органично входит в содержание данного принципа.

Очевидно, что само по себе существование избирательных цензов не означает, что избирательное право является недемократическим. Важно, какие это цензы и каков масштаб ограничений, обусловленный их применением. Нет избирательной системы, которая не содержала избирательных цензов. Государство, предоставляя гражданину избирательные права, не может не считаться с политической целесообразностью участия его в избирательном процессе.

Полагаем, что применение тех или иных избирательных цензов позволяет повысить эффективность избирательной системы, обеспечить стабильность результатов ее деятельности и, как следствие, обеспечивает стабильность всего политического режима. В демократическом правовом измерении избирательные цензы должны в большей мере гарантировать ответственное и легитимное представительство в парламенте, нежели исключительно по политическим соображениям или недосмотру законодателя ограничивать избирательные права одних групп граждан в угоду другим.

В этой связи наличие цензов возраста, гражданства, оседлости можно считать разумным. Относительно высокая планка для кандидатов на выборные должности обусловлена тем, что властные полномочия должны находиться в руках тех, кто достиг определенного возраста и накопил определенный жизненный опыт. Рациональным следует полагать и то, что участие в управлении обществом и государством оговорено наличием гражданства. Что касается ценза оседлости, то его наличие дает возможность гражданам избрать того представителя, который хорошо знаком с

проблемами округа и воспринимает их как часть собственных. Если же избирательное право содержит ограничения имущественного характера, по признаку пола, расы, национальной или религиозной принадлежности, идейным убеждениям, то это ставит под сомнение его демократический характер.

¹ Троцкий Е.С. Проблемы реализации избирательных прав граждан в условиях современной России и механизмы их разрешения. Дисс...канд. юрид. наук. М., 2006. С. 14.

² Советское государственное право / Под ред. И.Е. Фарбера. Саратов, 1979. С. 252; Страшун Б.А. Понятие и принципы социалистического избирательного права // Ученые записки ИМО. Вып. X. Серия «Право». М., 1962. С. 209;

³ Советское государственное право / Под ред. Е.И. Козловой. М., 1983. С. 352; Советское государственное право / Под ред. С.С. Кравчука. М., 1980. С. 413.

⁴ Судариков Ф.Н. Всеобщее избирательное право – важнейший принцип советской избирательной системы // Ученые записки ВИЮН. Вып. IX. М., 1960. С. 139.

⁵ Зиновьев А.В. Поляшова И.С. Избирательная система России: теория, практика и перспективы. СПб., 2003. С. 57; Катков Д.Б., Корчиго Е.В. Избирательное право / Под ред. Ю.А. Веденеева. М., 2001. С. 21; Постников А.Е. Избирательное право России. М., 1996. С. 32.

⁶ Астафичев П.А. Избирательное право. Общие понятия и институты. Пермь, 1999. С. 32.

⁷ Матейкович М.С. Защита избирательных прав граждан в Российской Федерации. М., 2003. С. 41.

⁸ Головин А.Г. Категория свободных выборов в демократической Конституции России: комплексный анализ // Современный российский конституционализм: проблемы теории и практики. Сборник трудов кафедры конституционного и муниципального права России, посвященный 15-летию Конституции Российской Федерации / Отв. ред. С.В. Нарутто, Е.С. Шугрина. М., 2008. С. 69.

⁹ Князев С.Д. Российское избирательное право. Владивосток, 2001. С. 50 – 51.

¹⁰ Дмитриев Ю.А., Израелян В.Б. Избирательное право. М., 2008. С. 28.

¹¹ Избирательное право / Под ред. К.К. Гасанова, В.Н. Белоновского. М., 2007. С. 52 – 53.

¹² Дружинин Н.П. Выборы народных представителей // Избиратели и народные представители. М., 1906. С. 17.

¹³ Лазаревский Русское государственное право. Т. 1. Конституционное право. СПб., 1913. С. 17.

¹⁴ Избирательное право (по Г. Майеру, Дж. С. Миллю, Эсмену, Еллинеку, Коркунову и др.). СПб., 1905. С. 6.

¹⁵ Ким А.И. Советская избирательная система. М., 1962. С. 104.

¹⁶ Алебастрова И.А. Выборы народных депутатов СССР как институт демократии. Дисс...канд. юрид. наук. М., 1991. С. 162.

¹⁷ Ким А.И. Советское избирательное право. Вопросы теории избирательного законодательства и практики его применения. М., 1965. С. 68 – 73.

¹⁸ Общепринятой классификацией субъектов избирательного права является их деление на индивидуальные (избиратели, кандидаты, доверенные лица, наблюдатели, члены избирательных комиссий и др.) и коллективные (политические партии, избирательные комиссии, органы государственной власти, органы местного самоуправления, СМИ и др.) // Дмитриев Ю.А., Израелян В.Б. Указ. соч. С. 170 – 174.

¹⁹ Энциклопедический словарь конституционного права. М., 2000. С. 238; Энциклопедия юриста М., 2000. С. 72. Червонюк В., Калинин И., Иванец Г. Энциклопедический словарь «Конституционное право России». М., 2002. С. 49.

²⁰ Гессен В.М. Теория конституционного государства. Изд.-е 3-е. СПб., 1914. С. 101.

²¹ Белкин А.А. Избирательные ограничения // Правоведение. 1992. № 1. С. 4.

²² В.В. Игнатенко Ограничения избирательных прав на выборах в Государственную Думу России: история и современность // 100-летие выборов Государственной Думы: история и современность. Материалы научно-практической конференции 3 марта 2006 г. М., 2006. С. 38.

²³ Гессен В.М. Основы конституционного права. Изд.-е 2-е. Пг., 1918. С. 299.

²⁴ Новиков Ю.А. Избирательное право и избирательная система России 1906 – 1996 гг. (общегосударственный уровень). Дисс...докр. юрид. наук. СПб., 1997. С. 39 – 43.

²⁵ Щетинин Б.В. Советская избирательная система. М., 1974. С. 7.

- ²⁶ Тепляшин И.В. Конституционное право зарубежных стран. Красноярск, 2006. С. 159 – 160.
- ²⁷ Троший Е.С. Указ. соч. С. 16.
- ²⁸ Чернышев И. О всеобщем избирательном праве и его применении в России // Правовое государство и народное голосование: К реформе государственного строя России. Вып. 2. СПб., 1906. С. 258.
- ²⁹ Данненберг А.Н. Безальтернативная демократичность кубинских выборов // Журнал о выборах. 2006. № 3. С. 29; Россия: партии, выборы, власть. М., 1996. С. 39; Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. М., 1998. С. 197.
- ³⁰ Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. 13-е изд. перер. и доп. М., 2007. С. 165.
- ³¹ Конституционное (государственное) право: Справочник / Под ред. В.И. Лафитского. М., 1995. С. 18.
- ³² Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М., 2007. С. 298.
- ³³ Конституция США: Текст и постатейный комментарий: В 2 ч. М., 1984. С. 27.
- ³⁴ Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. С. 380.
- ³⁵ Конституция Республики Греция от 9 июня 1975 г. (ст. 31) // Конституции зарубежных государств: Соединенные Штаты Америки, Великобритания, Франция, Германия, Италия, Испания, Греция, Япония, Канада / Сост. В.В. Маклаков. М., 1999. С. 298.
- ³⁶ Борзова Е.П. Индия – политическая и избирательная системы // Журнал о выборах. 2006. № 3. С. 15.
- ³⁷ Арбатская М. Территориальный императив: народный суверенитет или нормативный порядок? // Журнал о выборах. 2007. № 6. С. 56 – 58.
- ³⁸ Арановский К.В. Государственное право зарубежных стран. М., 2000. С. 104; Борисов И.Б. Рынок пятой республики вправо // Журнал о выборах. 2002. № 3. С. 50.
- ³⁹ Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. С. 298.
- ⁴⁰ С.Г. Кузьменко полагает, что корректнее говорить не об имущественном, а об имущественно-налоговом цензе, учитывая то обстоятельство, что помимо владения имуществом часто устанавливалось требование уплаты налога в определенном размере // Кузьменко С.Г. Становление и развитие избирательной системы высших представительных органов государственной власти России (1905 – 2007 годы). Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.
- ⁴¹ Гессен В.М. Теория конституционного государства. Изд.-е 3-е. С. 105 – 106.
- ⁴² Лафитский Д.В. Избирательная система Великобритании // Современные избирательные системы. Вып. 1: Великобритания, Канада, Мексика, Польша М., 2006. С. 20 – 24.
- ⁴³ Гессен В.М. Основы конституционного права. Изд. 2-е. С. 306.
- ⁴⁴ Вешняков А.А. ООН и международные избирательные стандарты: некоторые аспекты становления и развития // Журнал российского права. 2005. № 10. С. 13.
- ⁴⁵ Иногда для реализации пассивного права ценз образования используется до сих пор. Например, в Турции кандидат на должность Президента должен иметь высшее образование // Конституция Турции (Турецкой республики) от 7 ноября 1982 г. (ст. 101) // <http://www.zarubejye.com/>
- ⁴⁶ Конституция Федеральной Республики Бразилия от 5 октября 1988 г. (ст. 14) // <http://www.krugosvet.ru/>
- ⁴⁷ Дружинин Н.П. Выборы народных представителей // Избиратели и народные представители. М., 1906. С. 8.
- ⁴⁸ Жилин А.А. Учебник государственного права (пособие к лекциям). Ч. 1. Пг., 1916. С. 303 – 306.
- ⁴⁹ Поулсен Ч. Избирательное право для женщин // Журнал о выборах. 2006. № 1. С. 44 – 47.
- ⁵⁰ Арановский К.В. Указ. соч. С. 104; Дегтярева О.В. Равные права и равные возможности – синонимы? // Журнал о выборах. 2006. № 1. С. 2.
- ⁵¹ Российская газета. 2007. 6 февраля.
- ⁵² О практике решения в зарубежных странах вопросов, связанных с недопущением проникновения во властные структуры криминальных элементов // Вестник Центральной избирательной комиссии Российской Федерации. 1998. № 8 (62). С. 53.
- ⁵³ Орлов А.Г. Избирательная система Мексики // Современные избирательные системы. С. 293.
- ⁵⁴ Москаленко В.Н., Топычканов П.В. Исламская республика Пакистан. Эволюция избирательной системы // Журнал о выборах. 2006. № 3. С. 22.
- ⁵⁵ Алебастрова И.А. Указ. соч. С. 178, 184.
- ⁵⁶ Горшкова Д.А. Алжир. От однопартийного режима к политическому плюрализму // Журнал о выборах. 2006. № 3. С. 25.
- ⁵⁷ Конституционные акты Сирии // Конституции стран мира. Т. 4. Ташкент, 2001. С. 67.
- ⁵⁸ Выдрин И.В. Избирательное право Российской Федерации: Краткий учебный курс. М., Норма, 2004. С. 22; Руппель А.Х. Принципы избирательного права как критерий демократичности избирательных систем. Дисс... канд. юрид. наук. М., 1993. С. 55 – 56.

ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫЕ ОРГАНЫ ЮЖНОГО УРАЛА В ГОДЫ ВЕЛИКОЙ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ВОЙНЫ

БЛИНОВА В.В.,

к.и.н., старший преподаватель кафедры истории государства и права,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532) 72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

***Ключевые слова:** правоохранительные органы, дезертирство, бандитизм, Великая Отечественная война, преступность, НКВД.*

Органы НКВД Южного Урала внесли весомый вклад в победу над фашистской Германией. В годы Великой Отечественной войны правоохранительным органам пришлось решать задачи, которые не были свойственны для мирной жизни, как очистка городов от преступных элементов, обеспечение безопасной эвакуации населения и промышленных предприятий. Также органы НКВД боролись с дезертирами, паникерами и распространителями всякого рода провокационных слухов, с бандитскими группировками, с детской беспризорностью и безнадзорностью.

***Keywords:** law-enforcement bodies, desertion, banditism, the Great Patriotic War, crime, NKVD.*

NKVD bodies of Southern Ural contributed to the victory over fascist Germany. During the Great Patriotic War law-enforcement bodies had to deal with matters not peculiar to peaceful time, such as cleaning of cities and towns from criminals, providing safe evacuation of population, plants and factories. NKVD bodies struggled with deserters, people spreading provocative rumors, gangs and bands, stray and neglected children.

В современных условиях роста всех видов преступлений, увеличения количества беспризорных и безнадзорных детей в стране возрастает роль органов внутренних дел. В связи с этим необходимо учитывать практический опыт работы правоохранительных органов в экстремальных условиях войны.

В годы Великой Отечественной войны решение задач по борьбе с преступностью осложнилось. Это было связано со следующими обстоятельствами. Во-первых, значительная часть сотрудников правоохранительных органов ушла на фронт в ряды Красной Армии. Во-вторых, с началом войны появилась новая проблема – борьба с дезертирством, уклоняющимися от мобилизации. И в связи с этим распространение бандитизма. Если до начала войны у преступников изымались единицы оружия, то ситуация в годы войны кардинально изменилась, так как в тыловые районы страны поступало немало разнообразного вооружения – с дезертирами, эвакуированными, мигрантами. Это вело к формированию вооруженных групп и банд. Проживая, как правило, по фиктивным документам участники бандитских группировок занимались кражами, разбоями и грабежами¹.

Негативным фактором, который дестабилизировал обстановку являлось наличие проблемы дезертирства. Опасность была велика, так как дезертиры и лица, уклоняющиеся от мобилизации, подрывали боевой дух военнослужащих и тружеников тыла, поддерживали и распространяли пораженческие слухи, часто занимались грабежами, убийствами, спекуляцией, хищением личной и колхозной собственности.

Нужно отметить, что призыв в Красную Армию в годы Великой Отечественной войны большинством населения Советского Союза воспринимался как патриотический долг каждого гражданина, наблюдалось массовое добровольческое движение. Уже 1 июля в РККА было призвано 5,3 млн. человек². В Советском Союзе начало формироваться народное ополчение. Например, в одной только Чкаловской области в июне 1941 г. заявления в ополчение подали свыше восьми тысяч граждан. Полностью

сформировали один батальон, три роты, шесть взводов и пять дружин. В результате вместо планировавшегося полка создали дивизию народного ополчения, в которую вошло 11 тысяч добровольцев, в том числе 5 тысяч женщин³.

Однако находились и те, кто не хотел воевать. Подобные настроения наблюдались прежде всего в республиках и областях, включенных в состав СССР перед войной. Многие жители западных областей Украины, Белоруссии, Прибалтики не воспринимали проводимые там политические и социально-экономические преобразования, сопровождавшиеся массовыми репрессиями. Их недовольство с началом войны усилилось. Оно выражалось в невыполнении распоряжений местных органов власти, уклонении военнообязанных от прибытия на призывные пункты. В ряде населенных пунктов местное население приветствовало вступление немецких войск. Некоторые лица уклонялись от мобилизации в ряды Красной Армии из-за страха быть убитыми или искалеченными.

Организация мер по борьбе с дезертирством возлагалась на органы НКВД. Формы и методы их работы отличались большим разнообразием. В их задержании принимали участие: паспортные столы, отделы службы и боевой подготовки, милиционеры наружной службы. Особая роль отводилась уголовному розыску. Сотрудникам Отдела уголовного розыска (ОУР) и ОББ было поручено выявление дезертиров агентурно-оперативным путем. Семьи дезертиров ставились на оперативный учет, за ними устанавливалось агентурное наблюдение⁴.

Работники НКВД проводили постоянную проверку мест массового скопления населения (рынки, вокзалы, привокзальные площади, поезда и т.д.). Под их особый контроль попадала работа военно-врачебных комиссий; ужесточались порядок и учет военнослужащих на военно-пересыльных пунктах.

Полностью организация мер борьбы с дезертирством была возложена на органы НКВД. Их деятельность в этом направлении опиралась на

существующую законодательную базу, которая в связи с ростом данных видов преступлений значительно ужесточилась. В документах, с одной стороны, определялись достаточно жесткие нормы наказания за воинские преступления, а с другой – четко определялись меры по их ликвидации, задачи и формы деятельности сотрудников НКВД. Например, согласно директиве НКВД СССР «О мероприятиях по борьбе с дезертирством» от 6 декабря 1941 г. наркомам внутренних дел союзных и автономных республик, начальникам УНКВД краев и областей приказывалось лично наладить борьбу с дезертирством, организовав в населенных пунктах заслоны, дозоры и патрулирование, взяв под агентурный контроль вокзалы, пристани, железнодорожные станции, рестораны, столовые, систематически проверяя документы у сомнительных лиц, каждую декаду информируя НКВД СССР, крайкомы и обкомы ВКП (б) о результатах работы⁵.

В первые месяцы войны имели место случаи антисоветских настроений среди мобилизованных. Например, в Башкирской АССР Аикулов С. С. заявил: «Сейчас я отправляюсь на фронт, но я буду стрелять в своих врагов коммунистов». В итоге Аикулов С. С. был арестован⁶.

НКВД СССР в директиве от 7 июля 1942 г. предложил НКВД – УНКВД СССР республик, краев и областей, наряду с проведением проверок и облав в местах скопления народа и на всех видах транспорта, налаживанием контроля за паспортным режимом, усилить борьбу с взяточничеством в военкоматах, уделить особое внимание работе призывных комиссий, пресекая попытки необоснованных освобождений от службы в Красной Армии, организовать работу среди призывников и запасников с целью предупреждения случаев уклонения от призыва и мобилизации, перехода на нелегальное положение, организации банд⁷. Так, например, в Чкаловском военкомате было освобождено от мобилизации более 20 человек за взятки по 10 – 20 тыс. руб. В Тоцком районе 59 человек, годных к строевой службе, находились на работах в райпромкомбинате, которые укрывались бывшим директором Балюловым (он был приговорен к расстрелу)⁸.

В связи с активизацией преступной деятельности в Курганской области в соответствии с решением правительства от 6 февраля 1943 г., было организовано Курганское областное Управление милиции⁹. Так, правоохранными органами Курганской области была ликвидирована банда дезертиров РККА Осинцева и Голувцева, которая на протяжении всего лета 1943 г. занималась грабежами колхозного хлеба на территории Лихачевского сельского совета Варгашинского района. В результате оперативных мер преступники были арестованы¹⁰.

В Челябинской области в поселке Газохимкомбината на одну из квартир явилось четверо неизвестных, вооруженных пистолетом, которые представились как работники НКВД и произвели обыск. Преступниками было похищено 5 тыс. руб. и разные вещи. В результате оперативных мероприятий удалось в течение трех суток арестовать бандитов, которыми оказались дезертиры из Красной Армии¹¹.

Всего на Южном Урале за годы Великой Отечественной войны, по неполным данным, было задержано 26418 человек, или 1,6% от общесоюзных данных, из них дезертиров – 9537 (0,8%), уклоняющихся от мобилизации – 16881 (3,7%). Абсолютное число задержанных на Южном Урале приходится на 1943 г. – 14892 человека, или 56,4% от общего количества дезертиров в военный период¹², хотя в целом по стране пик дезертирства наблюдался в 1941 г., когда Красная Армия отступала по всему фронту и несла большие потери.

За годы войны в Курганской области задержали 1387 дезертиров и лиц, уклоняющихся от мобилизации, что составило 0,7% от общего количества призывников (всего мобилизовано 200 тыс. человек); в Челябинской области – соответственно 7904 (0,8%) (мобилизовано за 1941 – 1945 гг. 1 млн.); в Чкаловской области – 9623 (2,3%) от 441461 призывника¹³. При этом следует учитывать, что не все дезертиры, задержанные на Южном Урале, были уроженцами региона. Цифры не являются окончательными, так как нередко при ведении следственных дел фиксировались процессуальные

нарушения (не проводилось четкого разграничения между дезертирами и лицами, уклоняющимися от мобилизации, от других воинских преступлений, не различали дезертирство из РККА и с предприятий).

Как видно из приведенных данных, наибольшее количество военных преступников в южноуральском регионе было задержано сотрудниками органов НКВД в Чкаловской области, так как именно в приграничные с Казахстаном районы устремлялись дезертиры, где им помогали скрыться огромные степные пространства.

Война, как и любые политические, экономические, социальные потрясения и нестабильность в стране, приводит к росту бандитизма – наиболее опасного вида преступления. За три года Великой Отечественной войны была ликвидирована 7161 бандитская группировка, в которых было задействовано 89008 человек. Во второй половине 1941 г. на территории Южного Урала не было зафиксировано ни одного случая бандитизма. В 1942 г. на Южном Урале было ликвидировано 18 бандитских группировок с 66 участниками, в 1943 г. соответственно – 135 и 853, в первой половине 1944 г. – 78 и 386¹⁴. Как видно из приведенных данных наибольшее количество бандгрупп было ликвидировано в 1943 г., так как в этот период в тыл страны поступило наибольшее количество оружия.

Согласно статье 59 – 3 УК РСФСР (бандитизм) понятие «вооруженная банда» предполагало наличие трех существенных признаков: а) участие в ней не менее двух человек; б) вооруженного хотя бы одного члена банды, причем характер оружия не имел значения (револьвер, ружье, кинжал, нож, топор и т. п.); в) наличие объединяющей всех членов банды цели – совершения преступлений. За участие в вооруженной банде в УК РСФСР предусматривалось наказание в виде лишения свободы на срок не ниже трех лет, с конфискацией всего или части имущества, с повышением, при особо отягчающих обстоятельствах, вплоть до высшей меры социальной защиты – расстрела¹⁵.

Для эффективной борьбы с бандитизмом приказом наркомата внутренних дел № 001414 от 30 сентября 1941 г. Отдел по борьбе с бандитизмом (ОББ) был выделен из состава ГУМ и подчинен непосредственно наркому. Отделы (отделения) по борьбе с бандитизмом на местах также напрямую подчинялись управлениям НКВД¹⁶. Базой формирования бандитских группировок являлись дезертиры из частей Красной Армии, рабочих батальонов, а также уклоняющиеся от мобилизации, уголовники, преступники, которые бежали из мест заключения.

В соответствии с постановлением ГКО № 2401 от 11 октября 1942 г. «О мерах наказания дезертиров, занимающихся бандитизмом, вооруженными грабежами и контрреволюционной повстанческой работой» нарком внутренних дел СССР Л. Берия 14 октября 1942 г. приказал всем руководителям местных органов НКВД в декадный срок посмотреть все имевшиеся в производстве следственные и агентурные дела на дезертиров, занимавшихся бандитизмом, задокументировать их преступную деятельность и передать дела через прокурора в Военные трибуналы для заочного рассмотрения по статье 58 – 1 «б» УК РСФСР (измена Родине, совершенная военнослужащим). По этой статье предусматривалось наказание в виде расстрела с конфискацией всего имущества. В случае ареста дезертиров, занимавшихся бандитизмом и вооруженными грабежами, приговоры Военных трибуналов следовало приводить в исполнение на месте, о чем они были обязаны сообщать в первый Спецотдел НКВД СССР¹⁷. Так, 25 мая 1943 г. в Курганской области, в лесу, вблизи проезжей дороги, ведущей в с. Сафакулево было осуществлено нападение на членов колхоза «Вторая пятилетка» Галимова Г., Байрамова Р., Брюханова А. Е., которые перевозили семенной материал. В результате нападения все колхозники были убиты выстрелами из дробовых ружей, грабители захватили три подводы, нагруженные пшеницей. Расследованием было установлено, что убийство и грабеж совершил дезертир из Красной Армии Ширяев И. А. со своим братом.

Грабители скрывались в лесах Сафакулевского и Шучанского районов. В итоге 27 июня 1943 г. преступники были задержаны. У них было изъято одно дробовое ружье, 25 патронов к нему, заряженных картечью, 3 кг дробы, 1 кг пороха. Кроме Ширяевых по этому делу к уголовной ответственности было привлечено еще 8 человек¹⁸.

Данный вид преступления наибольшую активность приобретает в 1943 г. В этот период на Южном Урале было ликвидировано 135 бандитских группировок¹⁹. Так, например, в Челябинской области была ликвидирована бандитская группировка во главе с Сафаргалеевым А. Г., он же Ильясов. В данную группу входило четыре человека. 19 мая 1943 г. на территории Красноармейского района Челябинской области ими было совершено вооруженное ограбление продавца Пашнинского сельпо Александровой. Преступники похитили 910 кг муки. 3 июля этой же группой было совершено нападение на склад столовой цементного завода, выстрелом из револьвера был убит сторож Первушин. Бандиты похитили из склада различные продукты, погрузили на машину и скрылись. В результате принятых оперативных мер преступники были задержаны²⁰.

В докладной записке начальника УНКВД Чкаловской области Дмитриенко В. И. указывалось, что бандитские и воровские группировки, в основном состоят из учащих и молодежи. Например, только в октябре – ноябре 1944 г. за бандитизм в Чкаловской области было задержано 82 человека, 90% из них составляла молодежь²¹. В Челябинской области в 1943 г. была задержана группа подростков в составе четырех человек. Участники этой группы выслеживали в магазинах подростков с целью завладения хлебными карточками, уводили их за город и там убивали. Таким образом ими было совершено три убийства²².

В 1944 г. по линии НКО СССР были изданы три приказа, которые способствовали более эффективной работе по борьбе с бандитизмом: два приказа заместителя наркома обороны СССР от 21 мая № 0131 и от 30 мая 1944 г. № 01150 и приказ начальника тыла Красной Армии от 24 июля 1944 г.

№ 140. Данными приказами был предусмотрен ряд мероприятий по укреплению дисциплины в частях, а также устранению причин, которые способствовали дезертирству из Красной Армии и преступности со стороны военнослужащих²³.

Сотрудники органов НКВД, борясь с преступностью, каждый день рисковали собственными жизнями, многие из них награждены медалями, отмечены благодарностями. Информация об этом печаталась в периодических изданиях, в том числе в газете «Революционный порядок» — органе политотдела управления милиции УНКВД по Чкаловской области. В газете показана самоотверженная деятельность сотрудников правоохранительных органов в борьбе с преступностью. Среди них необходимо отметить Г. Г. Акшумова, А. Д. Кравченко, И. Т. Невтеева, И. С. Жаринова, П. С. Виноградова и других сотрудников, внесших весомый вклад в ликвидацию преступности в области²⁴. Так, милиционер второго отделения милиции г. Чкалова В. Г. Никонов был занесен на Доску Почета. Только за три месяца 1943 г., стоя на посту, он задержал свыше 400 нарушителей паспортного режима. Медалью «За трудовое отличие» наградили оперуполномоченного Бугурусланского РО НКВД старшего лейтенанта милиции С. М. Заика. Он вскрыл более 10 воровских групп, в том числе при его участии задержана крупная группа расхитителей мясопродуктов из райконторы «Заготскот». Орденом «Знак Почета» наградили И. А. Сабанина, участкового уполномоченного Абдулинского РО НКВД²⁵.

Часть сотрудников органов НКВД отдали свои жизни в борьбе с преступностью. За три года Великой Отечественной войны при проведении оперативно-розыскных мероприятий в СССР было убито работников НКВД и НКГБ — 226 человек, офицеров и бойцов войск НКВД — НКГБ 1085²⁶. К сожалению, архивные документы не дают нам возможность определить потери кадрового состава НКВД в южноуральском регионе. Например, 23 февраля 1945 г. из огнестрельного оружия во время нападения преступников на дежурную часть четвертого отделения милиции г. Чкалова убит

участковый уполномоченный И. Г. Кудряшов. Во время несения службы по охране общественного порядка у Заводоуправления ПРЗ (ТРЗ) убит из огнестрельного оружия участковый уполномоченный 4-го отделения милиции П. Н. Кузнецов²⁷. В Челябинской области 17 марта 1944 г. погиб оперуполномоченный уголовного розыска Иван Кукарских. 9 июля убит Михаил Горбачев, проводник служебно-розыскной собаки. В ноябре 1944 г. при задержании особо опасного преступника, совершившего убийство целой семьи в Магнитогорске Челябинской области, погиб начальник второго отделения милиции лейтенант А. Хохлов²⁸.

Таким образом, в годы Великой Отечественной войны органы внутренних дел внесли немалый вклад в победу над фашистской Германией. Деятельность всей системы государственного аппарата была подчинена единой цели – обеспечить стабильность в стране.

-
- ¹ Министерство внутренних дел России 1902 – 2002. Исторический очерк. М., 2004. С. 362.
- ² Хисамутдинова Р. Р. Великая Отечественная война Советского Союза против фашистской Германии (1941 – 1945). Оренбург, 2008. С. 140.
- ³ Федорова А. В. Оренбург в годы Великой Отечественной войны. Оренбург, 1995. С. 10.
- ⁴ Министерство внутренних дел России. Исторический очерк. СПб., 2002. С. 344.
- ⁵ Вольхин А. И. Поиск повстанческих организаций органами НКВД – НКГБ, борьба с террористическими актами, бандитизмом на Урале и в Сибири в годы Великой Отечественной войны // Военный комментатор. Екатеринбург, 2001. № 1. С. 58 – 59.
- ⁶ Государственный архив Российской Федерации (ГАРФ). Ф. 9478. Оп. 1. Д. 63. Л. 91.
- ⁷ Вольхин А. И. Там же. С. 59.
- ⁸ Центр документации новейшей истории Оренбургской области (ЦДНИОО). Ф. 371. Оп. 7. Д. 153. Л. 24.
- ⁹ Государственный архив общественно-политической документации Курганской области (ГАОПДКО). Ф. 166. Оп. 1. Д. 163. Л. 1.
- ¹⁰ ГАОПДКО. Ф. 166. Оп. 1. Д. 162. Л. 200.
- ¹¹ Вепрев О. В., Лютов В. В. Государственная безопасность: три века на Южном Урале. Челябинск, 2002. С. 345.
- ¹² ГАРФ. Ф. 9478. Оп. 1. Д. 63. Л. 177- 179.
- ¹³ Могутнов В. П. Война. Урал. Резервы (1941 – 1945). Курган, 1999. С. 63
- ¹⁴ ГАРФ. Ф. 9478. Оп. 1. Д. 63. Л. 174 – 176.
- ¹⁵ Вольхин А. И. Там же.
- ¹⁶ Министерство внутренних дел 1802 – 2002. Исторический очерк. СПб., 2002. С. 27.
- ¹⁷ Вольхин А. И. Там же.
- ¹⁸ ГАОПДКО. Ф. 166. Оп. 1. Д. 163. Л. 5.
- ¹⁹ ГАРФ. Ф. 9478. Оп. 1. Д. 63. Л. 174 – 176.
- ²⁰ Объединенный государственный архив Челябинской области (ОГАЧО). Ф. 288. Оп. 7. Д. 110. Л. 9.
- ²¹ Государственный архив Оренбургской области (ГАОО). Ф. 1014. Оп. 3. Д. 168. Л. 4.
- ²² ОГАЧО. Ф. 288. Оп. 7. Д. 227. Л. 60.
- ²³ ГАРФ. Ф. 9478. Оп. 1. Д. 280. Л. 1 об.

²⁴ Революционный порядок. 1942. 14 окт.; 9 дек.; 23 дек.; 1943. 21 апр.; 16 июня; 21 авг.

²⁵ Революционный порядок. 1943. 4 окт.

²⁶ ГАРФ. 9478. Оп. 1. Д. 63. Л. 192 – 194.

²⁷ Страницы истории Оренбургской милиции. Оренбург, 1977. С. 59; Музей УВД Оренбургской области. Из истории и современной деятельности службы участковых инспекторов милиции МВД России, УВД Оренбургской области. Оренбург, 1998. С. 17.

²⁸ Милиция Челябинской области 1802 – 2002. Страницы истории ГУВД Челябинской области. Челябинск, 2002. С. 173 – 176.

ОБЩЕСТВЕННЫЙ ПОРЯДОК И ОБЩЕСТВЕННАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ

КОНОВАЛОВ В.А.,

к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой

административного и финансового права,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: *общественный порядок, общественная безопасность, экологический барьер, идеологические общественные отношения, общественное место, акцент, социально-правовые категории, правила поведения, мораль, традиция, правонарушения, наркомания, митинги, шествия, демонстрация, пикетирование, катастрофы.*

Статья посвящена отношениям, складывающимся в общественных местах, то есть в местах общения людей при удовлетворении их материальных, духовных потребностей, во время отдыха.

Актуальность данной статьи выражается в необходимости привлечь внимание научной общественности, практических работников сферы обеспечения общественного порядка и общественной безопасности для формирования представления представить эту проблему в виде системы, увидеть все составляющие элементы безопасности личности, общества и государства, исследовать связи между элементами общей системы, смоделировать сложные процессы обеспечения общественного порядка и общественной безопасности, спрогнозировать возможные состояние системы, а также помочь выработать необходимые рекомендации органам государственной власти.

***Keywords:** public order, social security, ecological barrier, ideological relations of society, public place, acceptance, social-legal categories, rules of behavior, morals, traditions, violation of the law, drug addiction, meetings, processions, demonstrations, vigil, catastrophes.*

Article is devoted the relations, formed in public places, that is in places of men's contact by satisfaction of their material, mental needs during the rest.

Topicality of this article is showed in the necessity to attract the attention of scientific community, practical workers of security's sphere of public order and social safety for view's forming to present this problem in the form of system, to see all the constituents elements of person's security, society and state, to investigate connection between the elements of common system, to model complicated processes of ensuring of public order and social security, to forecast possible conditions of the system, as well as to help to work out necessary recommendations to the public authority.

Общественный порядок и общественная безопасность - суть два понятия, которые достигаются, прежде всего, четко налаженной построенной на научных основах деятельности служб общественной безопасности. Чтобы обеспечить высокую эффективность и качество организации охраны общественного порядка и обеспечения общественной безопасности, необходимо иметь глубокие теоретические знания, изучить действующие законодательство. В теории административного права понятие общественного порядка принято рассматривать в широком и узком смыслах. Общественный порядок в широком смысле понимается как все связи и отношения в обществе, весь строй то есть совокупность всех социальных связей и отношений, складывающихся под воздействием всех социальных форм, в отличии от правопорядка, включающего лишь отношения, регулируемые нормами права. Из этого следует, что общественный порядок,

как более широкая категория, включает в себя и правопорядок. В общей теории права общественный порядок рассматривается как социальная категория, охватывающая систему (состояние) волевых, идеологических общественных отношений, предопределяемых экономическим базисом и характеризующихся соответствием поведения их участников господствующим в обществе социальным нормам (правовым и не правовым). Сюда входят только социально значимые общественные отношения. Две основные концепции общественного порядка в узком смысле в шестидесятые годы были представлены М.И. Еропкиным и А.В. Серегиним. Общественный порядок в узком смысле включает не всю систему общественных отношений, а лишь определенные их совокупности, складывающиеся в различных областях социально-политической жизни и быта, но, прежде всего, в общественных местах.

Обще юридическое определение общественного порядка было предложено И.Н. Данышиным: «Общественный порядок – это порядок волевых общественных отношений, складывающихся в процессе сознательного и добровольного соблюдения гражданами установленных в нормах права и иных нормах неюридического характера правил поведения в области общения и тем самым обеспечивающих слаженную и устойчивую совместную жизнь людей в условиях развитого общества»

Определение понятия общественного порядка в узком смысле имеет практическое значение в работе органов внутренних дел, прокуратуры, судов, а также общественных формирований, участвующих в охране общественного порядка, акцентирует их внимание на предупреждении и пресечении конкретных преступлений и административных правонарушений, которые посягают на общественные отношения, складывающиеся в этой сфере. Как социально-правовые категории, охватывающие специфическую сферу общественных отношений, они характеризуются рядом особенностей, определяющих содержание

деятельности органов внутренних дел по охране (обеспечению) этих отношений.

Во-первых, общественный порядок и безопасность касаются всех граждан без исключения, причем с момента рождения и до конца жизни.

Во-вторых, общественный порядок и общественная безопасность, как правило, касаются элементарных действий, поступков и правил поведения людей. Они происходят, открыто, публично и обычно понятно для окружающих. В-третьих, общественный порядок и безопасность регулируются как нормами права, так и иными социальными нормами (морали, обычаями, традициями, даже модой).

В-четвёртых, в сфере общественного порядка и безопасности ежегодно совершается огромное количество правонарушений, исчисляемое десятками миллионов. И все правонарушители, а это значительная часть населения, так или иначе, подвергаются принудительному воздействию со стороны сотрудников милиции.

В-пятых, в сфере общественного порядка и безопасности происходит оборот объектов и предметов повышенной общественной опасности: приобретение, хранение, использование, перевозка гражданского и служебного огнестрельного оружия, взрывчатых и сильнодействующих ядовитых веществ, радиоактивных изотопов и др. Поэтому лицензионно-разрешительная деятельность органов внутренних дел, осуществляющих государственный надзор и контроль в этой области, позволяет предупреждать и пресекать нарушение установленных правил и тем самым минимизировать наступление тяжких последствий, связанных, как правило, с нарушением соответствующих норм, стандартов и требований.

В-шестых, с рассматриваемой сферой тесно соприкасаются такие опасные антисоциальные явления, как наркомания, пьянство, проституция, бродяжничество, попрошайничество. Именно поэтому в ряде городов страны создаются специальные подразделения, так называемая милиция нравов.

В-седьмых, в сфере общественного порядка и общественной безопасности постоянно проходят различные массовые публичные мероприятия с большой концентрацией людей в тех или иных помещениях или на ограниченной территории, что нередко создаёт угрозу для жизни и здоровья граждан, мешает нормальному функционированию предприятий, учреждений и организаций. К ним можно отнести политические (митинги, шествия, демонстрации), экономические (пикетирование, голодовки), культурно-зрелищные (фестивали, концерты, дни городов), спортивные (олимпиады, футбольные и хоккейные соревнования), религиозные и другие массовые мероприятия. Их проведение требует огромной организационной работы органов внутренних дел, привлечения для обеспечения порядка и безопасности значительных сил и средств милиции и внутренних войск.

В-восьмых, в сфере общественного порядка и общественной безопасности происходят различные групповые нарушения порядка, массовые беспорядки, вооружённые и невооружённые конфликты, акты терроризма. Нередко они сопровождаются убийством людей, погромами и поджогами государственных и общественных зданий, жилых домов граждан, разрушением железнодорожных путей, мостов, линий электропередач и связи.

В-девятых, с рассматриваемой сферой неразрывно связаны чрезвычайные ситуации, наступающие при возникновении стихийных бедствий, пожаров, крупных техногенных аварий, катастроф, эпидемий и эпизоотий, создающие угрозу жизни и здоровью граждан и требующие проведения аварийно-спасательных и восстановительных работ.

Названные особенности общественного порядка и общественной безопасности наглядно демонстрируют важность и актуальность этой сферы в деятельности органов внутренних дел, а главное – определяют содержание их правоохранительных функций и полномочий.

Основу общественного порядка составляют отношения, складывающиеся в общественных местах, то есть в местах общения людей

при удовлетворении их материальных, духовных потребностей, во время отдыха.

При этом общественные места можно отнести к трем категориям:

- 1) Общественные места постоянного пользования - улицы, площади, скверы, транспортные магистрали и тому подобное;
- 2) Общественные места временного пользования - магазины, театры, стадионы и другие;
- 3) Эпизодические общественные места - лес, озеро, река, когда там, например, проводятся те или иные мероприятия.

Средствами регулирования отношений в сфере общественного порядка являются нормы права и другие социальные нормы неюридического характера (нормы морали, обычаи, правила культуры поведения).

Посредством правовых норм устанавливаются общеобязательные правила поведения, вводятся запреты на совершение определенных действий, устанавливается ответственность за правонарушения, определяются задачи, функции, полномочия, формы и методы деятельности государственных органов, их должностных лиц, общественных формирований по охране общественного порядка.

Таким образом, общественный порядок - это система волевых общественных отношений, складывающихся и развивающихся главным образом в общественных местах на основе соблюдения норм права и иных социальных норм, направленных на обеспечение условий для нормального функционирования предприятий, учреждений, организаций и общественных объединений, для труда и отдыха граждан, уважения их чести, человеческого достоинства и общественной нравственности.

К понятию общественного порядка тесно примыкает понятие общественной безопасности, которое рассматривается как система общественных отношений, складывающихся в соответствии с правовыми, техническими, строительными и другими нормами при использовании объектов и предметов, представляющих повышенную опасность для людей и

общества в целом, или при наступлении особых условий в связи со стихийными бедствиями либо другими чрезвычайными обстоятельствами социального или техногенного характера.

Состояние угрозы общественной безопасности может возникать, когда допускается нарушение правил эксплуатации автомобильного, железнодорожного и других видов транспорта, ведения строительства, дорожных, ремонтных и других работ, эксплуатации пожароопасных объектов и устройств, а также обращения с оружием, боеприпасами, взрывчатыми материалами, сильнодействующими ядами, радиоактивными изотопами, средствами цветного копирования, компьютерными системами и другими предметами и веществами.

Угроза общественной безопасности и личной безопасности граждан может возникать при нарушениях установленного порядка проведения массовых мероприятий, неподготовленности мест для их проведения, несвоевременности принятия мер к упорядочению движения больших групп людей и т.п. Признаки угрозы общественной безопасности и личной безопасности граждан неизбежно возникают при стихийных бедствиях и других чрезвычайных обстоятельствах.

Реальную угрозу общественной безопасности представляют криминогенные факторы, преступность, а также криминальный террор в отношении представителей органов государственной власти, в том числе милиции, других правоохранительных органов.

К числу угроз общественной безопасности относится незаконная деятельность политических партий, движений, общественных организаций, в том числе фашистского толка, религиозных изуверских и иных подобных объединений; политический экстремизм и терроризм; действия, направленные на создание предпосылок для групповых и массовых нарушений общественного порядка, неповиновение властям и др.

Общественной безопасности угрожают дорожно-транспортные происшествия, аварии, катастрофы, выпуск на линию неисправленных

транспортных средств, управление транспортными средствами в алкогольном или наркотическом опьянении; незащищенность личности, имущества от пожаров, имеющих широкое распространение.

Представление общественной безопасности в виде системы дает уникальную возможность увидеть все составляющие элементы безопасности личности, общества и государства, исследовать связи между элементами общей системы, смоделировать сложные процессы обеспечения общественной безопасности, спрогнозировать возможные состояния системы, а также помогает выработать необходимые рекомендации органам государственной власти.

Основные понятия, употребляемые в сфере обеспечения безопасности, определены Законом Российской Федерации «О безопасности». Так, безопасность - это состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз. Под жизненно важными интересами понимается совокупность потребностей, удовлетворение которых надежно обеспечивает существование и возможности прогрессивного развития личности, общества и государства.

К основным объектам безопасности относятся: личность - ее права и свободы; общество - его материальные и духовные ценности; государство - его конституционный строй, суверенитет и территориальная целостность.

С учетом содержания определения общественной безопасности и буквальное его толкование нацеливает органы по охране общественной безопасности на обеспечение всех форм и проявлений общественной безопасности.

Значит ли это, что на органы по охране общественной безопасности возложено обеспечение, к примеру, и пожарной безопасности? Или же решение обеспечения общественной безопасности в данной конкретной части всецело задача органов Государственной противопожарной службы?

Такой же вопрос напрашивается и в отношении государственной, таможенной и многих других составляющих общественной безопасности, задачи, обеспечения которых возложены на другие правоохранительные органы (ФСБ, таможенные органы и т.п.)

Разрешить данный вопрос необходимо уже в связи с тем, что в некоторых источниках общественные отношения, связанные с осуществлением пожарной безопасности, прямо указываются как составная часть общественной безопасности, даже когда последняя рассматривается в узком смысле слова. Да и действительно, общество нельзя считать безопасным в тех случаях, когда ему грозит причинение вреда от пожара.

Поэтому понятие «общественная безопасность», вернее, весь комплекс общественных отношений, составляющих его содержание, невозможно отделить от общественных отношений, характеризующих пожарную безопасность. Общественной безопасности без пожарной безопасности, как, впрочем, и без государственной, таможенной и других видов безопасности, быть не может.

Данное несовершенство формулировки приводит к неоправданному расширению компетенции милиции общественной безопасности.

Подобной ситуации могло бы не возникнуть, когда бы в Законе РФ «О милиции» был указан круг противоправных деяний, «защищает» от которых милиция. Но этого законодателем не сделано.

Среди основных задач милиции указана задача предупреждения правонарушений. Каких правонарушений - не сказано, что дает возможность правоприменителю расширительно толковать ст.2 Закона РФ «О милиции» и включать в комплекс основных задач милиции задачу предупреждения нарушений правил пожарной (государственной, таможенной и т.п.) безопасности.

Никто не спорит с тем, что к профилактике пожаров (правонарушений, подведомственных ФСБ, таможенным органам и т.п.) и обеспечению пожарной безопасности целесообразно привлекать не только

органы Государственной противопожарной службы (ФСБ, таможенные органы и т.п.) но и милицию. В ряде случаев лишь обеспечив четкое взаимодействие между ними, можно добиться эффективности пожарной охраны (государственной, таможенной и т.п. безопасности) как одного из элементов общественной безопасности.

Между тем взаимодействие указанных учреждений (министерств и ведомств) невозможно осуществить, пока не будут разделены функции между субъектами взаимодействия.

Соответственно напрашивается вывод: задача милиции - «обеспечение общественной безопасности» - должна реализовываться сотрудниками милиции с учетом компетенции (подведомственности правонарушений) милиции и с учетом наличия других правоохранительных органов, перед которыми законодатель ставит задачу обеспечения выкроенной именно для их деятельности специфической области общественной безопасности.

Актуальность проблемы, поднятой сегодня на конференции, связана с необходимостью разработки четкого перечня мер административного наказания в связи с большой распространенностью административного наказуемых нарушений общественного порядка. Решить эту проблему возможно путем выделения в отдельную отрасль административного - процессуального законодательства и принятия административного - процессуального закона, в котором бы присутствовала классификация упомянутых мер - административно-предупредительных, административного наказания, административного пресечения, восстановительных и процессуально - обеспеченных.

ЗАКОН В РУССКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЫ XIX ВЕКА

ЛУКЬЯНОВА Е.Г.,

к.ю.н., доцент, с.н.с.,

ИГиП РАН

тел.: 8 (495) 691-34-90, mail: igpRAN@igpRAN.ru

Ключевые слова: закон, учение о законе, правда, русская юриспруденция, законоведение.

Статья посвящена исследованию учений о законе, развивавшихся в русской юриспруденции в первой половине XIX века. Показаны теоретико-методологические основы, познавательная и идейная ценность учений о законе, место в существующих философских и политико-правовых учениях, общее и особенное во взглядах на закон русских ученых-законоведов первой половины XIX века: З.А. Горюшкина, Л.А. Цветаева, А.П. Куницына, М.М. Сперанского, К.А. Неволлина и др.

Keywords: The law, the doctrine on the law, Russian jurisprudence, science of law.

Article is devoted research of doctrines about the law, developing in Russian jurisprudence in first half 19 of century. Teoretiko-methodological bases, informative and ideological value of doctrines about the law, a place in existing philosophical and politiko-legal doctrines, the general and especial in sights at the law of Russian scientists-lawyers of first half CIC of century are shown: Z.A.Gorjushkina, L.A.Tsvetaeva, A.P.Kunitsyna, M.M.Speransky, K.A.nevolina, etc.

Начало XIX века в России стало благоприятным интеллектуальному и нравственному развитию: смягчаются обычаи, расширяется общение и образование, появляются новые печатные издания, развивается литература, поэзия, театр. На это время приходится пора формирования русского теоретического законоведения.

Какова та реальная среда, в которой зарождается и протекает духовное развитие России? Исследователь русской жизни начала XIX века Н.Ф. Дубровин пишет: «Тогдашняя Россия состояла из отдельных сословий, не связанных между собой ни общими интересами, ни общей жизнью и часто враждебных друг другу. ...Рознь и вражда сказывались не только между сословиями, но и среди главного из них – дворянства»¹.

Единой и действенной системы управления государством не было, а та, что имелась, по мнению историка М.И. Богдановича, требовала неотлагательных преобразований². Граф А. Воронцов писал: «Можно сказать, к сожалению, что Россия никогда прямо устроена не была, хотя еще с царствования Петра Великого о сем весьма помышляемо было»³. «Правительство и народ, в широком значении этого слова, взаимно не сливались и не шли вместе к общей цели: администрация не признавала себя созданной для народа, а народ смотрел враждебно на каждого власть имеющего и его гнетущего. ...Была масса чиновников, безграмотных и невежественных, но правительства в смысле стройной и твердой силы, тогда не было, не было власти объединяющей и скрепляющей...»⁴.

Дворяне в своих поместьях своевольничали, считали себя удельными князьями и «не только не подчинялись, а подчиняли себе местную администрацию»⁵. Помещик М.М. Куролесов из «Семейной хроники» С.Т. Аксакова «с первого разу приказал сказать земскому суду, что он обдерет кошками того из чиновников, который покажет ему глаза, и – оставался прав»⁶. Нередки случаи, когда помещики сами судили крестьян за правонарушения, в том числе и уголовные преступления. И крестьян такой порядок вполне устраивал, по обычаю, «прибегнуть к полиции... боже

помилуй, да это казалось таким срамом и стыдом, что вся деревня принялась бы выть по виноватом, как по мертвом, и наказанный счел бы себя опозоренным, погибшим»⁷.

«Право сильного, пишет Н.Ф. Дубровин, давало себя знать всюду»⁸. Законы и указы, как следует, оказывались в лучшем случае недействующими, в худшем – возбуждали враждебное к себе отношение и еще большую рознь между подданными. Общий взгляд на законы, царивший в среде разных сословий и общий фон правовой культуры в России конца XVIII и начала XIX века, показательно выразил корреспондент Комиссии Составления законов П. Хавский: «Так, в обществе людей какого-либо сословия, словами некоторых статей Уложения, или Новоуказных и других законов... стал бы кто доказывать истину своего рассуждения или дела; он бы сей час навлек ненависть собеседников его: одни опасались бы его как законника, другие бежали как ябедника»⁹. Жизнь русского общества в ту пору основывалась преимущественно на обычаях и традициях.

Настойчиво ощущалась потребность в реформах, особенно в сфере управления, необходимость в котором объективно вызывалась экономическим и социальным развитием страны и общим европейским ходом развития государственности (процессами универсализации и централизации). Реформы возможны были только на почве законности, на основании «добрых» законов и их соблюдения. На деле же законодательство находилось в хаотичном, разрозненном состоянии, чиновничество «предпочитало придерживаться старым порядкам и часто не исполняло указов, даже и высочайших»¹⁰.

Необходимость реформ ясно понимается прогрессивной частью русского общества, составлявшей окружение императора Александра I. В сознании передового слоя утверждается идея законности, она становится центральной в период царствования Александра. Надо сказать, что и Павел I отчетливо осознавал потребность укрепления законности в стране и кое-что сделал в этом направлении, а именно, предпринял попытки систематизации

законов (по гражданским, уголовным и казенным делам), восстановил школы для обучения дворян правоведению, «для водворения правды в судах принял строгие меры (в городах в публичных местах были поставлены таблицы, для прибития имен чиновников, нарушивших законы)»¹¹.

Идея законности – господствующая на страницах печати, многочисленных журналов, издававшихся в то время¹². Под ее лозунгом проводятся Александром первые реформы в области управления, предпринимаются шаги по созданию законосовещательных органов, начинаются работы по систематизации законодательства. «Закон начало и источник народного блаженства», отмечалось в рескрипте 1801 г. об учреждении Комиссии составления законов¹³. Комиссия определила черты «отличающие существенное достоинство законодательства»: 1. Когда законы основаны на непоколебимых началах права. 2. Когда они точно определяют все части государственного управления, образование и пределы властей, а также права и обязанности подданных, сообразно духу правления, характеру народа, политическому и естественному положению государства. 3. Когда они изложены ясно и расположены в систематическом порядке. 4. Когда они содержат в себе твердые и непреложные правила для правосудия¹⁴.

Изображенная картина русской жизни начала XIX века как впрочем, и последующей очевидно свидетельствует о глубоком разрыве между российской действительностью и массовым сознанием с одной стороны и мировоззрением передовых людей того времени с другой. Прав был Б.Н. Чичерин, когда утверждал что «история управляется идеями и объясняется только ими»¹⁵. Круг людей, стоящих на более высокой ступени духовного развития, вырабатывает мировоззрение, поднимающееся над действительным состоянием и формирующее идеальный порядок.

Вместе с тем философское и социально-политическое мировоззрение и в целом культура высшего слоя российского общества формировались не изолированно, а в русле европейских тенденций¹⁶ и потому еще были довольно развитыми относительно российской действительности. Со времен

Екатерины II прогрессивная часть русского общества была знакома с европейскими идеями и в какой-то мере, как и сама Екатерина II, находилась под влиянием просветителей, хотя и поверхностным. С началом XIX века связывается развитие философии в России. В это время были распространены учения немецкой естественно-правовой школы, особенно идеи Х. Вольфа и его учеников (Х. Вольф читался в Московском университете). Примерно с 1805 года в России началась пропаганда учений Канта, Фихте и Шеллинга. В истории русской философии, на почве которой развивается русское законоведение, этот период отличается подчинением немецкому идеализму и продолжается около 50 лет¹⁷. Многие представители русской мысли, в том числе правовой, конца XVIII и начала XIX века получали образование за границей.

Одним из таких людей, формирующих правовое мировоззрение, в начале XIX века был профессор Московского университета Лев Цветаев. Л. Цветаев – один из основателей русского законоведения¹⁸, предпринявший попытку теоретического осмысления важнейших категорий законоведения. В 1810 г. выходит первое издание курса лекций Л.Цветаева по теории законов «Краткая теория законов», в 1816 г. - второе издание «Начертание теории законов» (подготовленное с использованием работ М. Бернарди, Г. Филанджиери, И.Бентама, Ч. Беккарии).

Закон у Л.А. Цветаева «есть правило действий и отношений между собой»¹⁹. В этом, широком аспекте закон выступает, говоря современным языком, как атрибут бытия – все в мире физическом и нравственном находится под законом. Прослеживается понимание закона как необходимости, закономерности.

Все законы разделяются на физические и нравственные; нравственные законы, которые предписывают обязанности к Богу или к людям и даны им в божественном откровении, или постигнуты, открыты самим человеком, в свою очередь, делятся на божественные и человеческие. Предмет закона человеческого либо внутренняя воля человека, либо внешние

его поступки, в соответствии с этим все человеческие законы делятся на нравоучительные и судебные. Законы судебные, а точнее, юридические «все вообще суть или положительные или естественные». «Естественные суть те, которые почерпнуты из разума и свойства вещей, но не утверждены или согласием народов, или властью; положительные суть те законы, которые приняты по взаимному согласию правительств и утверждены ими»²⁰. Автором показывается predetermined характер содержания юридического закона: естественного и положительного, несмотря на то, что положительный закон утверждается властью, содержание его не произвольно ею определяется, а выступает как необходимость.

Возникновение законов Л.А. Цветаев видит в духе рационалистического правоведения XVIII века, в частности, воззрений Х. Вольфа. Законы возникли еще тогда, когда на земле стали существовать двое, пишет Л.А. Цветаев, но законы эти имели только внутреннюю обязательную силу, внешнюю же они получили после вручения «мудрейшему из них власть подтвердить неопределенные еще права, смотреть за соблюдением и преследовать нарушителей их». Так, из договора возникла верховная власть, создающая законы в строгом смысле, как «предписания власти подчиненным одной, что им делать, чего не делать, и что они могут делать и не делать»²¹.

Источник и обязательную силу естественного закона Л.А. Цветаев усматривает в практическом разуме и свободной воле человека; источник и обязательная сила положительного закона – в праве верховной власти и договоре подданства.

Складывается впечатление, что законовед противопоставляет естественные законы позитивным. Однако оно неверно, потому что основание всех законов у Л. А. Цветаева, и положительных, и естественных, и нравоучительных едино – нравственный закон, начертанный в совести: поступай так, чтобы правило твоих поступков могло послужить законом для всех тебе подобных. Не трудно заметить здесь влияние И.Канта. Все другие основания законодательства, как и нравственности не тверды и не верны²².

Цель закона – нравственное добро, состоящее в согласии воли с нравоучительным законом. Под защитой таких законов граждане могут быть истинно свободны и истинно равны²³. При этом автор критически отзывается об учениях французских просветителей, рассматривающих общую пользу как основание законов.

У Л.А. Цветаева просматривается складывающаяся в определенной мере под влиянием естественно-правовых теорий XVIII века и философских идей И. Канта, а в определенной мере и под влиянием патриархальной российской действительности, устроенной более на нравственных основах, нежели официальных установлениях, и ставшая затем отличительной особенностью русского правового мировоззрения - трактовка юридического закона как части, вида нравственного закона. Эту, прошедшую через весь XIX век, особенность русского воззрения на закон одного из первых представителей теоретического законоведения первых лет XIX века, можно увидеть у другого выразителя русского мировоззрения уже конца XIX века К.П. Победоносцева²⁴.

Основание, цель, начало всех законов едино, «но предметы различны»²⁵, поэтому у разных народов законы различные. В этой связи, пишет Л. Цветаев, находясь уже под влиянием Ш.Монтескье, законы должны сообразовываться «с господствующей религией, с образом правления, с обычаями народа, с нравами его и степенью просвещения, с климатом, положением и пространством земли, числом жителей и, наконец, с обычаями и духом своего века»²⁶. Соответствием указанным факторам определяется «добродота», т.е. качество законов. Л.А. Цветаевым высказаны весьма глубокие и основательные для своего времени рекомендации касающиеся разработки закона, обеспечения его «доброты».

Несмотря на то, что автор открыто выступает против рационалистических начал в законодательстве (указанная выше критика понимания закона как общей пользы), у Л.А. Цветаева прослеживаются взгляды на закон как продукт верховной власти, вера в творческую роль

«доброе» закона, в возможность с его помощью изменить дурные общественные устои, допускается свобода верховной власти в деле изменения закона.

Учение о законе Л.А. Цветаева созвучно времени становления русского законовещения, оно сочетает элементы рационалистической теории естественного права XVIII века и социологизм Ш.Монтескье, субъективный идеализм И.Канта и религиозные начала, но магистральная линия рассуждений Л.А. Цветаева – та, что позже будет называться нравственный идеализм.

В начале XIX века на российском культурном фоне господствуют идеи сентиментализма, с его морализирующей и резонерской тенденцией, проповедью вечных и непреложных истин²⁷, рационализма, с его догматическими построениями и верой в разумное реформирование общества и просвещенного абсолютизма, с его выводами об оптимальности «умеренной монархии» и весьма определенными указаниями на источник всех реформ. Отсюда вера в закон, его твердость и незыблемость, истинность, которую мы видим у другого основателя теоретической юриспруденции в России З.А. Горюшкина, «искусного эмпирика», приглашенного в 1786 году преподавать практическое законоведение в Московский университет. Однако З. А. Горюшкин проявил себя и как талантливый теоретик своей известной работой «Руководство к познанию российского законоискусства» (1811г.), подготовленной с опорой на «Наказ» императрицы Екатерины II и идеи европейского Просвещения.

З.А. Горюшкин вводит понятие «закон» в узком смысле, под которым, предлагает понимать «все те постановления, которые ни в какое время не могут переменяться»²⁸, в отличие от указов, учреждений, могущих иметь временный и случайный характер.

«Законы суть особенные и точные установления законоположника» - установления того, что народ почитает за необходимое, цитирует З.А.

Горюшкин «Наказ» Императрицы²⁹. Закон устанавливает возможности что-либо делать.

Формальный источник закона – монарх, законоположник, однако основанием своим законы по З.А. Горюшкину должны иметь «народное умствование» - «оное вообще есть такое действие, посредством которого выводятся одни истины из других, по необходимой причине заключения; и притом истинами называют такие предположения, которые содержат в себе существо и естество понимаемых вещей; то по сему и законы не что иное должны быть как истины, выведенные из существа и естества» вещей господствующих над человеком: веры, климата, «дел прошедших, нравов и обычаев»³⁰.

В сложном и противоречивом тексте работы З.А. Горюшкина ясно прослеживается мысль, что закон не есть произвольное решение законодателя, закон объективен; закон – истина, выведенная из существа вещей; закон постоянен и неизменен, содержанием закона выступают субъективные права, истолковываемые как необходимые. В трактовке закона З.А. Горюшкин в духе Ш. Монтескье выступает также и с позиций социологизма (социологического позитивизма): закон – установление, обусловленное объективными природными и социальными факторами (верой, климатом, обычаями и пр.). Это дало основания Н.М. Коркунову отнести законоведа к строгим позитивистам, что представляется некоторым преувеличением, обусловленным личными правовыми взглядами и убеждениями ученого³¹, а также тем обстоятельством, что личность З.А. Горюшкина складывалась преимущественно на поприще практического законоведения. Квинтэссенция рассуждений З.А. Горюшкина – мысль о произвольности законов, их неизменности, выводимости из начал разума и объективных факторов. Трудно согласиться, что это мысль строго позитивиста, скорее догматического рационалиста XVIII века, что является более объяснимым, так как взгляды З.А. Горюшкина складывались в конце XVIII века, в том числе под влиянием трудов рационалистов.

Эпоха Александра I – время широкого распространения в обществе либеральных идей. Либеральные умонастроения были не чужды и Екатерине II и даже воплощались в действительности³², однако во времена ее внука, особенно в начале царствования, либеральные идеи овладевают умами значительного круга русской общественности и предпринимаются попытки научного - политико-правового и философского их обоснования и развития. На поприще юриспруденции большая заслуга в развитии философской основы либерализма принадлежит адъюнкт - профессору Царскосельского Лицея А.П.Куницыну. Его воззрения даже на фоне такого небывалого распространения либеральных взглядов выглядят ярко: «каждый человек внутренне свободен и зависит только от законов разума, а посему другие люди не должны употреблять его средством для своих целей... Кто нарушает свободу другого, тот поступает против его природы...»; «внешняя свобода человека ограничивается только свободой других людей, ибо несправедливым в юридическом смысле только то называется, что внешнюю свободу других людей нарушает»³³.

Работа А.П. Куницына «Право естественное», изданная автором в 1818 году стала весьма заметной в отечественной юриспруденции не только начала, но всего XIX века. Это одна из первых работ в России, в которой автор продемонстрировал высокий для начала XIX века уровень философско-правовых воззрений.

Известно, что философское учение о праве А.П. Куницына написано под сильным и явным влиянием философии И.Канта. Но и нельзя не согласиться с тем, что оно отличается высокой идейной ценностью, определенной глубиной мысли и оригинальностью, является показателем уровня духовного развития русского общества в начале XIX века. В конце царствования Александра I, когда началась реакция, гонения на свободу мысли и слова, борьба с рационализмом в философии, да и с самой философией, вызванные радикальными настроениями и акциями, А.П. Куницын пострадал одним из первых. В 1821 году работа А.П. Куницына

была запрещена, в официальном постановлении говорилось: «По принятым за основание ложным началам и выводимому из них весьма вредному учению, противоречащему истинам христианства и клонящемуся к низвержению всех связей семейственных и государственных, книгу сию, как вредную, запретить повсюду к преподаванию по ней и притом принять меры к прекращению... преподавания естественного права по началам столь разрушительным, каковы оказались в книге Куницына!»³⁴.

А.П. Куницын различает право естественное и право положительное, однако «при определении законов положительных главным руководством служит начало права естественного»³⁵. «Право естественное, пишет ученый, есть наука прав или совокупность условий, при которых внешняя свобода людей существовать может»³⁶.

Естественное право составная часть нравоучения, поэтому юридические законы – это и нравственные законы в широком смысле: все юридические должности (обязанности) суть также и нравственные, но не все нравственные должности суть юридические³⁷. Право трактуется ученым как часть нравственности, единого этического порядка.

Глубокими и ценными для последующего развития правовой мысли в России являются воззрения А.П. Куницына на закон: «слово Закон по своему производству означает преграду, далее которой что-либо простираться не должно или не может»³⁸. Закон, таким образом, показывает границы, в пределах которых может существовать свобода человека и нарушение которых связано с нарушением свободы других лиц. Более развернуто эту идею в конце XIX века разовьет Б.Н. Чичерин: «содержание юридического законодательства состоит в определении прав и обязанностей лиц, следовательно, их свободы с ее границами и вытекающими отсюда отношениями»³⁹. Собрание законов – это право - совокупность условий, при которых внешняя свобода возможна⁴⁰.

Вместе с тем границы свободы выступают как необходимые: «в переносном смысле закон есть положение, выражающее необходимость, по

которой что-либо случается или случиться должно»⁴¹. Но эта мысль А.П. Куницына выражена непоследовательно и не получила в его работе развернутого объяснения. Необходимость, выражаемая законом, у него внутренняя, в отличие от физической, носит нравственный характер - это преграда которую разум ставит желаниям, предписывая воле правила в соответствии с категорическим императивом. Физическая необходимость - сила внешняя, управляющая вещами и их действиями. Идеи о законе как нравственной необходимости высказаны А.П. Куницыным в духе кантовского рационализма и субъективного идеализма. Однако ранее А.П. Куницын, говоря о естественном праве, отмечает, что оно охватывает права и обязанности, вытекающие из природы самого человека и из природы отношений в которых люди находятся⁴², следовательно, закон не только нравственная необходимость, вытекающая из духовной природы человека, но и объективная - вытекающая из природы человеческих отношений.

О метафизическом рационализме А.П. Куницына свидетельствуют его попытки показать Главное Начало Права – сущность права. Определение ее, по мнению ученого, необходимо для того «дабы посредством одного каждый мог различать право от неправа». Главное Начало Права может быть выведено только из разума и выражено следующим образом: «человек имеет право на все деяния и состояния, при которых свобода других людей по общему закону разума сохранена быть может»⁴³. При этом ученый критически анализирует все иные попытки выявить существо права, в том числе, предпринимавшиеся в рамках докантовской естественно-правовой теории (догматическо рационалистические и теологические). Примечательно и оригинально для русской правовой мысли отрицательное отношение А.П. Куницына к воззрениям полагавшим и волю Божью за начало права.

Тесно связано с развитием либерализма в России имя М.М. Сперанского. М.М.Сперанский принадлежит к числу деятелей, направивших силы не только на философское и теоретическое обоснование правовых идей, но и на их практическое осуществление.

Первые работы М.М. Сперанского, из которых вырисовываются его ранние взгляды на закон - это «Записка об устройстве судебных и правительственных учреждений в России» 1803 года и Докладная Записка императору 1809 года «Введение к уложению государственных законов (план всеобщего государственного образования)». В этот период М.М. Сперанский рассуждает с точки зрения рационалистических постулатов в духе естественно-правовых воззрений европейских мыслителей: «Общий предмет всех законов есть учредить отношения людей к общей безопасности лиц и имуществ»⁴⁴, «законы существуют для пользы и безопасности людей им подвластных»⁴⁵, причем все они ограничивают отдельную и естественную свободу человека и приводят ее в совместность со свободой других⁴⁶.

Однако польза и безопасность суть понятия неопределенные, подверженные разным изменениям, а государство должно быть устроено на началах постоянных и неподвижных – таковыми являются государственные коренные законы (основные законы), которые начала «положительные, постоянные, неподвижные, с коими все другие законы могли быть соображаемы»⁴⁷. В наличии таких начал видит М.М. Сперанский, по мнению В.В. Леонтовича, гарантию против злоупотреблений со стороны законодательной власти, и правовой характер государственности⁴⁸.

Руководствуясь в своих планах государственных преобразований идеей разделения властей и ограничения самодержавной власти, уже в первой записке М.М. Сперанский проводит различие между законом - актом законодательной власти и учреждением (регламентом) – актом исполнительной власти. «Закон имеет предметом отношения постоянные и непрменяемые. Учреждения простираются на действия и происшествия, непрестанной перемене подлежащие»⁴⁹. Тем самым, он использует понятие закона в узком смысле. Во второй записке, различие между актами законодательной и исполнительной власти показано уже с иной стороны: законом вводится какая-либо перемена в отношении сил государственных или в отношении частных людей между собою, уставы и учреждения, не

вводя никакой существенной перемены, учреждают только образ исполнения первых⁵⁰. Разделение всех актов (постановлений по терминологии М.М. Сперанского) государства на законы и подзаконные акты связано с определением предмета закона, т.е. материального признака, который М.М. Сперанский во второй записке ясно очерчивает и формальных признаков заключающихся в определении органов и процедур принятия закона. Таким образом, узкое понимание закона у М.М. Сперанского базируется на «принципе совпадения закона в формальном (конституционном) и материальном смысле»⁵¹.

Более глубокие философские и философско-правовые воззрения на закон высказаны М.М. Сперанским в его итоговой неоконченной работе «Руководство к познанию законов», написанной на основе «юридических бесед» с наследником престола – будущим императором Александром II, состоявшихся в 1834-1838 гг.

Сущностную основу закона юридического М.М. Сперанский выводит из нравственности, при этом нравственность у М.М. Сперанского трактуется непоследовательно, полупозитивистски, отчасти в духе утилитаризма И. Бентама. В нравственном бытии есть область бытия личного и область бытия союзного. Также и добро нравственное разделяется на добро личное, т.е. пользу исключительную или соотнесенную с пользой других по правилу взаимности (влияние утилитаризма И. Бентама), и добро союзное – добро совершенное, оно всегда и везде, для всех само по себе добро. Добрая же нравственность, по М.М. Сперанскому, исходит из любви и общения, а худая из самолюбия⁵².

Дальнейшие рассуждения М.М. Сперанского более последовательны. Чувство нравственного добра и зла в человеке называется совестью, образ действия по совести – правда. Правда – центральная категория в законоведении М.М. Сперанского и в последствии, в русском законоведении.

«Правда уравнивает две силы противоположные: личность и общение, самолюбие и любовь и потому-то она называется aequum»⁵³ -

равенство и справедливость. В этих и других словах М.М. Сперанского можно увидеть семена, выросших позднее различных течений нравственно-идеалистической школы права в России, усматривающих идею права в правде, нравственности, в равновесии между личной свободой и общим благом⁵⁴.

Правда есть всеобщий нравственный и естественный закон и основание нравственного порядка в обществе. Однако она требует укрепления. Две власти укрепляют правду – религия – внутренняя и общежительное законодательство – внешняя⁵⁵.

Правда бывает всеобщей и особенной, последняя - общежительная справедливость, «приспособленная к месту, ко времени и той степени нравственного порядка, на коей народ стоит». Здесь М.М. Сперанский очевидно опирается на исторический (органический) прием в изучении законодательства. Но в то же время, это «приспособление не меняет существа правды, она всегда одна и та же, но определяет только образ ее действия согласно обстоятельствам»⁵⁶. Получается некий синтез метафизики и историзма. Эту особенность можно увидеть у М.М. Сперанского и в последующих рассуждениях. Известно, что М.М. Сперанский сделал серьезный поворот от рационализма к историзму еще в своей практической деятельности по систематизации российского законодательства после возвращения из ссылки. Но справедливо будет все же отнести М.М. Сперанского, в частности, в его учении о законе, к метафизикам нравственно-религиозного толка.

Все нравственные законы делятся на естественные и общежительные, иначе, хотя неверно, называемые положительными. Первые основаны на всеобщей правде, вторые – на правде приспособленной к данному общежитию. Нравственные законы также делятся на внутренние – законы совести и внешние – законы верховной власти. М.М. Сперанский твердо стоит на позициях естественно-правовой школы: «Законы общежительные недействительны, когда они противны законам естественным; они по самому

существо их не что иное должно быть как приложение законов естественных, приложение, укрепленное действием верховной власти, внешними наградами и понуждениями»⁵⁷. И сама верховная власть, ограничена правдой: «власть верховная посредством законов возвещает также правду и долг ее в порядке общежительном»⁵⁸, и «всякое право, а следовательно и право самодержавное, потолику есть право, поколику оно основано на правде»⁵⁹. М.М. Сперанский последовательный противник волюнтаризма в законодательствовании. Еще в 1802 году он писал, что «рабство политическое есть когда воля одного или многих составляет закон всех»⁶⁰.

Все законы устанавливают правила, юридический закон, подчеркивает М.М. Сперанский важнейшее его свойство – общий характер, – «есть постановление общего правила, по коему надлежит поступать во всех случаях одного и того же рода»⁶¹.

В философско-правовой концепции закона М.М. Сперанского просматривается влияние идей английских мыслителей (Д.Локка и И.Бентама), французских просветителей (Ж.Ж.Руссо) и немецких философов (И.Канта, Г.Ф.Гегеля). Методологически М.М. Сперанский идеалист и метафизик, использовавший в своих законоведческих построениях исторический и догматический приемы. Он своеобразный предтеча идеалистической трактовки закона или шире, философии естественного права, более последовательно, но и более консервативно развитой в трудах его ученика К.А. Неволлина.

Практическая деятельность М.М. Сперанского на поприще законоведения связана с не меньшими успехами и достижениями для России, нежели философская и научная. В самом ее начале М.М. Сперанский исходит из чисто рационалистических позиций, будучи либералом и западником, он стремился реформировать российскую действительность, отталкиваясь от известных прогрессивных принципов в своих политико-правовых построениях. Среди знаковых работ М.М. Сперанского - подготовленные 1810 году в Комиссии составления законов две главы Гражданского

Уложения. Но последующая опала и ссылка М.М. Сперанского, также жесточайшая его критика не позволили завершить задуманное. Голосом этой критики стал известный историк, приверженец законодательного традиционализма, Н.М. Карамзин и его «Записка о древней и новой России» 1811 года.

Имя историка Н.М. Карамзина нельзя не упомянуть для формирования полной и объективной картины развития русского законовещения в начале XIX века. Н.М. Карамзин, один из первых в России мыслителей убежденно отстаивающий исторический и догматический подходы к законовещению, в последствии частично воспринятые М.М. Сперанским в его практической деятельности по систематизации российского законодательства по возвращении из ссылки.

Идеи Н.М. Карамзина, высказанные в упомянутой работе, написанной независимо и несколькими годами ранее работы Савиньи «О призвании нашего времени в отношении к законодательству и законовещению» поразительно совпадают с идеями основоположника исторической школы права⁶². В 1826 году, когда начиналась новая работа по систематизации законов, историк одобрительно высказался по этому поводу: «Вот это совершенно согласно с моими давними убеждениями. Я всегда думал, как можно составлять законы, не зная тех, какие у нас есть и были. Надобно прежде знать свое; надобно собрать все без исключения, и потом уже отделить то, что действительно имеет в настоящее время обязательную силу: так составитя верный свод, по крайней мере, того, что существует»⁶³.

Но в 1811 году Н.М. Карамзин писал остро и бескомпромиссно: «Новые законодатели России славятся наукою письмоводства более, нежели наукою государственною...». «В самом деле, издаются две книжки под именем проекта Уложения. Что находим?.. Перевод Наполеонова Кодекса!

...Для того ли существует Россия, как сильное государство, около тысячи лет? Для того ли около ста лет трудимся над сочинением своего полного Уложения, чтобы торжественно пред лицом Европы признаться

глупцами и подsunуть седую нашу голову под книжку, слепленную в Париже...?»⁶⁴

Суть своего правового мировоззрения Н.М. Карамзин выразил в словах: «...Законы народа должны быть извлечены из его собственных понятий, нравов, обыкновений, местных обстоятельств. Для старого народа не надобно новых законов...»⁶⁵.

Н.М. Карамзин остался, пожалуй, единственным последовательным сторонником исторического и органического методов в законоведении первой половины XIX века, будучи при этом историком. Собственно же теоретическая законоведческая мысль России стояла на иных позициях и пользовалась историческим методом только как вспомогательным.

Среди тех российских законоведов, которые пользовались историческим методом в своих законоведческих построениях, следует назвать Ф.Л. Морошкина - преподавателя Московского университета и его работу «О постепенном образовании законодательств рассуждение» (1832 г.)

Положительное законодательство у Ф.Л. Морошкина представляет развитие идеи права⁶⁶. Право есть «свободное ограничение сил в пределах собственной личности», «воздержание сил от вторжения в пределы ближнего»⁶⁷. Право не интерес, не правила общественного договора и тем более не сила, «истинная правота, по Ф.Л. Морошкину, есть идея совершенства, к которому стремятся общества» (затем эта идея возрождается у П.И. Новгородцева, как общественный идеал). Правдивый человек, есть тот «который даже в отсутствии принудительной власти сам себя воздерживает в пределах гражданского долга и неизменен в своем нравственно-гражданском хождении»⁶⁸.

В воззрениях Ф.Л. Морошкина просматривается суть русского мировоззрения, одна из его отличительных особенностей: правовое состояние достигается не внешним принуждением, а свободным единением всех людей на основании закона Божьего, когда он станет внутренней природой человека⁶⁹. Но законовед, в своих рассуждениях, отражает

умонастроение николаевской эпохи: исполнять законы надо не за страх, а за совесть. Многие нормы русского права не имели даже санкции, а лучшая теория права, по словам самого Николая I – добрая нравственность, имеющая основанием религию⁷⁰.

Учение Ф.Л. Морошкина построено на идеалистических началах, право рассматривается в неразрывной связи с нравственностью как ее сторона, часть, с попыткой использования гегелевского социально-философского метода.

Развитие законодательства (положительного права), автор рассматривает диалектически: «постепенное образование права есть постепенное развитие человеческих способностей, обращенных на юридическую сторону природы и человека». Сначала люди, стремящиеся к «бесконечному развитию сил и наполнению своим бытием всего внешнего пространства», т.е. к расширению своего влияния друг на друга, приходят к осознанию идеи права: «сокращай пределы твоего действия, или воздерживай твою силу так, чтобы она не стесняла развития сил в существах тебе равносильных»⁷¹. Затем наступает осознание нравственного закона «возлюби ближнего своего яко сам себя» - закона для развития внутренних сил человека, в пределах которого все люди достигают единства в Боге. Так человек становится личностью и вводится в область гражданского общества, «в котором нравственная свобода святит естественные узы гражданственности»⁷². Развитие явлений права (положительного права) совершается в три периода. «В первом периоде право развивается под владычеством личности, и бывает собственно, правом уголовно-семейственным. Во втором, под владычеством личности и собственности – правом политическим; в третьем под владычеством идеи собственности – гражданским»⁷³. Очевидно, что исторический метод используется Ф.Л. Морошкиным как прикладной философско-идеалистическому, в истории развития законодательств ученый пытается проследить развертывание и реализацию идеи права.

Доктрина царствования Николая I основывалась на национально-романтической идее, открывшей движение, внесшей органичность внутреннего развития. При Николае происходит определенная смена историко-философской концепции – общество представляется закономерно эволюционирующим организмом, имеющим цель своего развития, оно не создается рационалистически, а произрастает изнутри⁷⁴. Но, органицизм и историзм (эволюционизм), пришедшие на смену рационализму и получившие распространение в исследованиях русских законоведов, не эмпирического (позитивистского), а идеалистического, гегелевского толка.

Историческая школа права, голос которой все громче раздавался в Европе, в методологическом отношении позитивистская, стала в жесткую оппозицию к естественно-правовой. Однако русская законоведческая мысль в этом отношении проявила оригинальность и в трактовке закона осталась на позициях складывающейся религиозно-нравственной идеалистической школы и социально-философского метода, а приемы историзма, социологизма, догматической обработки законодательства использовала как отдельные этапы (стороны) в деле научного познания права. Поэтому влияние исторической школы права на развитие теоретического законоведения в России не следует преувеличивать. Наиболее полно оно проявилось лишь во второй половине XIX века, в исследованиях по истории права, отчасти в теоретическом законоведении. И это несмотря на то, что многие русские ученые-законоведы второй четверти XIX века, среди которых К.А. Неволин, С.Н. Орнатский, П.Г. Редкин и др., учились у Ф.К. Савиьи в Белинском университете и в какой-то мере подверглись влиянию его идей.

Показательны в этом отношении взгляды одного из русских учеников Савиьи С.Н. Орнатского, высказанные им в работе «О единстве всеобщего высшего закона правды в сравнении со множеством и разнообразием положительных законов в разных человеческих обществах».

В основе своей С.Н. Орнатский, также многие русские законоведы первой половины XIX века, развивают религиозно-идеалистические представления о законе. Законы положительные должны служить точным или самым близким выражением Высшего Закона Правды⁷⁵. В Высшем Законе Правды - право (чистая справедливость) соединяется с нравственностью и освящается религией. Высший закон Правды - это закон нравственный, здесь истина, правда, нравственность, религия – различные стороны одной высшей цели – царствия Божия. Этот закон един и дан единым Верховным Законоположником⁷⁶.

Используя исторический метод С.Н. Орнатский пытается объяснить почему «усматривается раздвоение между общим высшим законом Правды, тождественным с началом чистой справедливости и законами положительными»⁷⁷. Ученый исследует разнообразные факторы, влияющие на различие законодательств: одни из них объективны и находятся вне человека, другие лежат в природе самих людей. В самом факте различия законодательств нет ничего отрицательного. Но вместе с этим начала нравственности (они в том или ином объеме присутствует в положительном законодательстве) у всех народов и в разные времена должны быть одинаковы и неизменны⁷⁸.

Пусть разные человеческие общества управляются различными законами – лишь бы руководствуясь ими, они не допускали и не терпели ничего противного всеобщему высшему закону правды. Пусть будет различный порядок, которым члены разных обществ отыскивают объяснение спорных прав, лишь бы они не искали неправды, резюмирует законовед⁷⁹. На исходе первой половины XIX века С.Н. Орнатский продолжает традицию и следует сложившемуся в России религиозно-нравственному истолкованию закона (права), право и нравственность едины в Высшем Законе Правды.

Нравственно – идеалистические построения на основе социально-философского метода достигли апогея в русском законоведении первой половины XIX века в творчестве крупного русского ученого- законоведа –

К.А. Неволина. К.А. Неволина причисляют к основателям русской идеалистической философии права (идеалистической теории естественного права)⁸⁰, тем самым, недооценивая философско-правовые построения его учителя М.М. Сперанского, которого в первую очередь следует отнести к основоположникам русской философии права.

Подготовленная К.А. Неволиным в 1839-1840 годах «Энциклопедия законоведения» представляет собою первую по времени органическую энциклопедию в европейской науке, в которой он, по мнению Ф.В. Тарановского, сумел поставить разработанную им дисциплину на высоту научного и философского развития своего времени⁸¹.

Закон представляется К.А. Неволину в его внутреннем существе, которое раскрывается постепенно во множестве законодательств, проявляясь в полной системе законодательства со всеми родами и видами⁸².

Внутренне существо закона К.А. Неволин исследует относительно закона как такового (закона вообще) и относительно закона внешнего (государственного, юридического).

Как таковой закон по существу своему есть правда⁸³. Правда у К.А. Неволина, также как и у М.М. Сперанского – понятие нравственное, однако в отличие от своего учителя, истолковывающего правду через равенство и справедливость, К.А. Неволин трактует правду как добро. Равенство, справедливость, как составляющие правды уже более не упоминаются, что связано с общим консервативным и реакционным духом времени. Источник правды в Божестве. Идея добра, составляющая существо правды реализуется постепенно через волю и сознание людей – нравственных существ⁸⁴. Условием такой реализации является общение людей, потому и правда у К.А. Неволина – нравственно-доброе, в широком смысле есть верность одного нравственного существа целому союзу нравственных существ⁸⁵. Если правда у М.М. Сперанского уравнивает личность и общество, то у К.А. Неволина и речи нет о личности, она полностью растворена в обществе и подчинена ему.

«Определеннейший образ бытия правды в существах к ней способных суть обязанности и права; почему обязанности и права составляют определеннейшее содержание закона»⁸⁶. Субъективное право по К.А. Неволину - это власть одного лица, основанная на правде по отношению к другому лицу. Отношение лица подвластного к тому, которое имеет власть над ним – это обязанность.

Права и обязанности в обществе определяются и охраняются законом. Понятием закона охватываются «правила, по которым должны поступать нравственные существа в обществе, если они не хотят отказаться от самой жизни общественной»⁸⁷. Вместе с тем «закон вообще есть правило, по которому что-нибудь необходимо происходит»⁸⁸.

Наряду с законом вообще К.А. Неволин выделяет закон внешний - это государственный закон (юридический, положительный) - внешне оформленный, признанный в государстве и огражденный в действии внешнею силою⁸⁹. В неволинской трактовке закона уже прослеживаются элементы этатизма, ведь существо его та же правда, проявляющаяся как верность человека государству⁹⁰.

У К.А. Неволина, также как и его предшественников, просматривается мысль о произвольности закона, его предопределенности, однако не только объективными, внешними обстоятельствами как у З.А. Горюшкина, но и факторами идеального порядка, осуществленной в нем идеей (сущностью). Закон – единство сущности и явления, только то, что соответствует, выражает правду есть закон; иное – ошибка или ложь.

Идею положительного закона, К.А. Неволин называет естественным правом (законом), также как у Гегеля, у К.А. Неволина нет противоположения естественного закона и позитивного. Естественное законодательство – всеобщая необходимая сторона законодательства, позитивное - случайная и ограниченная, но обе стороны существуют в единстве. В целом идея закона воплощается в положительном законодательстве в историческом процессе, постепенно во времени, на

разных пространствах и по-разному, в зависимости от особенностей характера народа⁹¹. Здесь К. А. Неволин пишет в духе другого своего учителя Савиньи. Влияние Савиньи заметно также в трактовке К.А. Неволиным вопросов образования законодательств⁹².

Методологически К.А. Неволин последовательно стоит на позициях гегелевской идеалистической метафизики, объективного идеализма, используя при этом методы частных наук – исторический, юридико-догматический, которые нередко относят к позитивистским и ложно противопоставляют философскому методу.

К.А. Неволин – последний крупный законовед первой половины XIX века, работавший в рамках философско-идеалистического метода, последний крупный представитель естественно-правовой школы в России этого периода. Но уже в его работе, созвучной реакционному духу времени, можно наблюдать оттенки наступающих позитивистско-этатистских воззрений.

Первая половина XIX века представляет нам богатую палитру учений о законе, характеризующихся высокой идеологической и познавательной ценностью, значимостью для последующего духовного и политического развития России. О многом говорит только один перечень вопросов, исследованных в работах русских законовевов первой половины XIX века. В поле зрения находились многие вопросы теории и философии закона: сущности и понятия закона, его содержания, основ, источников, цели, свойств, исторической и социальной обусловленности законов, связи с иными видами законов – физическими, нравственными, божественными. Исследовались вопросы разработки законов, процедур, юридической техники (формальные признаки закона), соотношения закона и подзаконных актов, в рамках которых предпринимались попытки определения предмета закона (материальные признаки). Прямое и косвенное внимание уделялось одному из наиболее злободневных вопросов нынешнего времени – вопросу гарантий от злоупотребления законодательной власти, обеспечения соответствия принимаемых законодательной властью актов существу закона.

Высокая идейная ценность учений о законе первой половины XIX века обусловлена их материальным (сущностно-содержательным) характером исследования и трактовки закона (естественно-правовым). Сквозная черта всех учений о законе – мысль о произвольности закона, его относительном постоянстве и неизменности, т.е. об ограниченности законодательной власти высшими началами. Российские законоведы пытались проникнуть в сущность явления называемого законом, вскрыть его глубинную неизменную сверхчувственную основу, формальные моменты пока еще уходят на второй план. Потому и методологическую основу учений составила преимущественно метафизика и идеализм. Об идеологической ценности свидетельствует в целом естественно-правовой, в версии идеалистической метафизики (в русском законоведении нет противопоставления естественного и позитивного законов) и либеральный, у некоторых законоведов, характер учений.

Русское законоведение развивалось в тесной связи с философскими и политико-правовыми учениями конца XVIII, начала XIX века (догматического рационализма, утилитаризма, субъективного и объективного идеализма, социологизма и историзма, естественно-правовой теории, исторической школы права), находилось под сильным влиянием европейской мысли, в особенности немецкой классической философии, но нельзя отказать ему в оригинальности, повлиявшей на оригинальность всего русского мировоззрения. Таковой стала нравственно-религиозная трактовка сущности закона. Ключевой сущностной в истолковании закона в русской юриспруденции уже в этот период становится категория правды, обнимающая собой справедливость, истину, добро. Правда - все то служит единению людей, соборности, потому закон – путь к царствию Божию.

¹ Дубровин Н.Ф. Русская жизнь в начале XIX века // Русская старина. 1899. №1 (январь). С.3.

² См.: Богданович М.И. История царствования императора Александра I и России в его время. Т. 1. СПб., 1869. С.39.

-
- ³ В записке представленной при всеподданнейшем письме от 14 ноября 1801 года. Цит. по Дубровин Н.Ф. Указ. раб. С.3.
- ⁴ Дубровин Н.Ф. Указ. раб. С.4.
- ⁵ Там же.
- ⁶ Аксаков С.Т. Семейная хроника. Уфа, 1983. С.64.
- ⁷ Там же. С.24.
- ⁸ Дубровин Н.Ф. Указ. раб. С.4.
- ⁹ Хавский П. Лекция, читанная при публичном преподавании правил Российского законовещения... М., 1818. С.4. Законником именуется тот, кто знает только одни слова и хронологический порядок законов, но не понимает их смысла и не умеет применить надлежащим образом к встречающемуся случаю. Ябедник – тот, кто не имеет никакого понятия о законе, или хотя и имеет, но ложно и криво его толкует из одних видов корыстолюбия. См.: Там же.
- ¹⁰ Дубровин Н.Ф. Указ. раб. С.4.
- ¹¹ См.: Богданович М.И. Указ раб. С. 41, 42.
- ¹² См.: Бокова В.М. Идея законности в русской печати начала XIX века // Вест. Моск. Ун-та. Сер. 8. История. 1989. С.37.
- ¹³ Богданович М.И. Указ раб. С. 48.
- ¹⁴ См.: Там же. С. 119.
- ¹⁵ Чичерин Б.Н. Наука и религия. М., 1999. С.105.
- ¹⁶ См.: например, издания ВОЛСНХ (СПб., 1804. Ч. 1), общества любителей словесности наук и художеств, на заседаниях которого читались переводы работ европейских мыслителей и произведения русских просветителей.
- ¹⁷ Введенский А.И. Судьбы философии в России // Введенский А.И., Лосев А.Ф., Радлов Э.Л., Шпет Г.Г. Очерки истории русской философии. Свердловск, 1991. С. 37.
- ¹⁸ Л.А. Цветаев пришел на кафедру Московского университета в 1804 году. Вместе с З.А. Горюшкиным, они одни из первых русских преподавателей юриспруденции. В конце XVIII века преподавателями юридического факультета Московского университета, были в основном немцы. См.: Коркунов Н.М. З.А. Горюшкин – российский законоискусник // Журнал Министерства юстиции. 1895. 7. С.109, 110.
- ¹⁹ Цветаев Л. А. Начертание теории законов. М., 1816. 2-ое изд. С.35.
- ²⁰ Там же. С.37.
- ²¹ Там же. С. 42.
- ²² См.: Там же. С. 44.
- ²³ См.: Там же. С. 47.
- ²⁴ Закон – заповедь, «и на этом понятии о заповеди, утверждается нравственное сознание о законе», «заповедь имеет ту силу, что она будит совесть в человеке». Победоносцев К.П. Московский сборник // Сочинения. СПб., 1996. С.317.
- ²⁵ Там же. С. 55.
- ²⁶ Там же. С.50.
- ²⁷ См.: Федосов И.А., Долгих Е.В. Российский абсолютизм и бюрократия // Очерки русской культуры XIX века. Т.2. М., 2000. С. 17.
- ²⁸ Горюшкин З.А. Руководство к познанию российского законоискусства. Т.1. СПб., 1811. С. 75.
- ²⁹ Там же. С. 5.
- ³⁰ Там же. С.7,9.
- ³¹ См.: Коркунов Н.М. Указ. раб. С.114.
- ³² Подробнее см.: Леонтович В.В. История либерализма в России 1762-1914. М., 1995. С. 27 и др.
- ³³ Куницын А.П. О человеке и праве // Русская философия права: философия веры и нравственности. Антология. СПб., 1997. С.54.
- ³⁴ См.: Коркунов Н.М. История философии права. СПб., 1915. С. 344.
- ³⁵ Куницын А.П. Указ. раб. С. 51.
- ³⁶ Там же. С.50.
- ³⁷ См.: Там же. С. 53.
- ³⁸ Там же.
- ³⁹ Чичерин Б.Н. Философия права // Избранные сочинения. СПб., 1998. С.64.
- ⁴⁰ См.: Куницын А.П. Указ. раб. С. 53.
- ⁴¹ Там же. С.54.
- ⁴² См.: Там же. С.49.
- ⁴³ Там же. С.58.
- ⁴⁴ Сперанский М.М. Введение к Уложению государственных законов (план всеобщего государственного образования). В кн.: Руководство к познанию законов. СПб., 2002. С.335.
- ⁴⁵ Там же. С. 336.

-
- ⁴⁶ Там же. С.357.
- ⁴⁷ Там же. С. 336.
- ⁴⁸ См.: Леонтович В.В. Указ. раб. С.70.
- ⁴⁹ Сперанский М.М. Записка об устройстве судебных и правительственных учреждений в России. В кн.: Руководство к познанию законов. С.287.
- ⁵⁰ См.: Сперанский М.М. Введение к Уложению государственных законов (план всеобщего государственного образования). С. 358.
- ⁵¹ В такой именно формулировке этот принцип предложен С.А. Котляревским. См.: Котляревский С.А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских основных законов. М., 2003. С.216.
- ⁵² См.: Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. В кн.: Руководство к познанию законов. С. 46-48.
- ⁵³ Там же. С.49.
- ⁵⁴ См.: Чичерин Б.Н. Философия права, Михайловский И.В. Основы философии права, Яценко А.С. Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права. СПб., 1999.
- ⁵⁵ См.: Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. С. 50.
- ⁵⁶ Там же. С. 51.
- ⁵⁷ Там же. С.56.
- ⁵⁸ Там же. С.53.
- ⁵⁹ Там же. С.61.
- ⁶⁰ Сперанский М.М. Еще нечто о свободе и рабстве. В кн.: Руководство к познанию законов. С.269.
- ⁶¹ Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. С.68.
- ⁶² Подробнее см.: Леонтович В.В. Указ. раб. С.123 и сл.
- ⁶³ Цит. по Шильдеру Н.К. Император Николай I. Его жизнь и царствование. М., 1995. С.467.
- ⁶⁴ Карамзин Н.М. О древней и новой России в ее политическом и гражданском отношениях. В кн.: История государства Российского. Кн.4. Ростов на Дону, 1995. С.519, 520.
- ⁶⁵ Карамзин Н.М. Указ раб. С.520, 521.
- ⁶⁶ См.: Морошкин Ф.Л. О постепенном образовании законодательств рассуждение. М., 1832. С. 24.
- ⁶⁷ Там же. С. 16.
- ⁶⁸ Там же. С.17.
- ⁶⁹ См.: Новгородцев П.И. О своеобразных элементах русской философии права // Русская философия права: философия веры и нравственности. Антология. СПб., 1997. С. 215-216.
- ⁷⁰ См.: Федосов И.А., Долгих Е.В. Российский абсолютизм и бюрократия // Очерки русской культуры XIX века. Т.2. С.23.
- ⁷¹ Морошкин Ф.Л. О постепенном образовании законодательств рассуждение. С.11.
- ⁷² Там же. С.16.
- ⁷³ Там же. С. 24, 25.
- ⁷⁴ См.: Федосов И.А., Долгих Е.В. Указ. раб. С. 20.
- ⁷⁵ См.: Орнатский С.Н. О единстве всеобщего высшего закона правды в сравнении со множеством и разнообразием положительных законов в разных человеческих обществах. М., 1856. С. 25.
- ⁷⁶ См.: Там же. С. 26.
- ⁷⁷ См.: Там же. С.41.
- ⁷⁸ См.: Там же. С.55.
- ⁷⁹ См.: Там же. С.261.
- ⁸⁰ См.: Михайловский И.В. Очерки философии права. Т.1. Томск, 1914. С.36.
- ⁸¹ См.: Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С.53.
- ⁸² См.: Неволин К.А. Энциклопедия законоведения. СПб., 1997. С.33.
- ⁸³ См.: Там же. С. 33.
- ⁸⁴ См.: Там же. С.34-35.
- ⁸⁵ См.: Там же. С.41.
- ⁸⁶ Там же. С.33.
- ⁸⁷ Там же. С.42-43.
- ⁸⁸ Там же. С.43.
- ⁸⁹ См.: Там же. С.46.
- ⁹⁰ См.: Там же. С.43,45.
- ⁹¹ Там же. С.49.
- ⁹² Там же. С.48-56.

БИКАМЕРАЛЬНЫЕ РЕГИОНАЛЬНЫЕ ПАРЛАМЕНТЫ: ОСОБЕННОСТИ ФОРМИРОВАНИЯ

РЫБКИНА О.В.,

*к.ю.н., доцент кафедры конституционного
и международного права,*

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

rybkinaok2@mail.ru

Ключевые: слова: *законодательные (представительные) органы, субъекты Российской Федерации, избирательная система, двухпалатные законодательные органы.*

В статье автор исследует вопросы формирования двухпалатных законодательных (представительных) органов государственной власти Республики Тыва и Свердловской области. Актуальность темы связана с продолжающимися изменениями избирательной системы, применяемой на выборах субъектов Российской Федерации и поиском оптимальной ее модели.

Keywords: *Legislative (representative) bodies, subjects of the Russian Federation, electoral system, two-chamber legislative body.*

In article the author investigates the questions of formation of two-chamber legislative (representative) bodies of state power in the Republic of Tyva and Sverdlovsk region. The actuality of the theme is connected with proceeding changes of the electoral system applied on elections of subjects of the Russian Federation and search of its optimum model.

В Российской Федерации продолжается поиск оптимальной модели избирательной системы, используемой на выборах законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Федеральный закон от 26 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» устанавливает обязательность использования пропорциональной избирательной системы при выборах не менее половины депутатов законодательного (представительного) органа субъекта Российской Федерации. Это правило действует и в отношении двухпалатного законодательного (представительного) органа, одна из палат которого должна формироваться по вышеназванному принципу. Таким образом, вторая палата может формироваться с использованием как мажоритарной, так и пропорциональной избирательной систем. Заметим, что Президентом Российской Федерации уже было предложено использовать при формировании законодательных (представительных) органов субъектов Российской Федерации только пропорциональную избирательную систему.

Из 83 субъектов Российской Федерации¹ только два субъекта – Свердловская область и Республика Тыва имеют двухпалатные законодательные (представительные) органы государственной власти.

Многие субъекты РФ, учредившие ранее двухпалатные законодательные (представительные) органы, в последующем отказались от такой структуры и перешли на однопалатный принцип формирования. К таким субъектам относятся: Республика Карелия, Республика Башкортостан, Республика Саха (Якутия), Кабардино-Балкарская Республика, Республика Адыгея².

О.М. Медведский³, характеризуя переход в субъектах Российской Федерации от бикамерализма к однопалатной структуре законодательного органа, отмечает, что причинами такого перехода являются: отсутствие демократических традиций и обоснованной правовой и научной базы

строительства бикамерализма в субъектах Российской Федерации, финансовые затраты на содержание двух палат парламента, свобода формирования органов государственной власти субъектов Российской Федерации до 1999 года (до принятия Федерального закона от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»).

Статус двухпалатных законодательных (представительных) органов Свердловской области и Республики Тыва, в том числе и порядок их формирования, регулируется рядом нормативных актов. В числе первых следует назвать конституцию (устав) субъекта РФ, которые устанавливают наименование, структуру регионального парламента, его численность, общие принципы формирования.

В частности, в Конституции Республики Тыва закреплено, что Великий Хурал Республики Тыва является законодательным (представительным) органом государственной власти Республики Тыва. Великий Хурал состоит из двух палат - Палаты представителей и Законодательной палаты. Палата представителей Республики Тыва достаточно многочисленна – в нее входит 130 депутатов, в Законодательную палату - 32 депутата. Срок полномочий законодательного органа Республики Тыва определен конституционно и составляет 4 года для каждой палаты. На конституционном уровне закреплены виды избирательных систем (мажоритарная и пропорциональная), используемые на выборах обеих палат Великого Хурала.

Так, депутаты Палаты представителей и 16 депутатов Законодательной палаты избираются по одномандатным избирательным округам. 16 депутатов Законодательной палаты избираются по республиканскому избирательному округу пропорционально числу голосов, поданных за списки кандидатов в депутаты, выдвинутые избирательными объединениями в соответствии с законодательством о выборах. Порядок

проведения выборов в Палату представителей и Законодательную палату устанавливается законами Республики Тыва.

Детальное регулирование выборов палат законодательного (представительного) органа осуществляется специальными законами субъектов РФ.

В Республике Тыва действует два специальных закона, регулирующих порядок проведения выборов в палаты Великого Хурала: Закон Республики Тыва от 23 июня 2006 г. (в ред. от 28 ноября 2008 г.) «О выборах депутатов Палаты представителей Великого Хурала Республики Тыва»⁴ и Закон Республики Тыва от 23 июня 2006 г. (в ред. от 10 июля 2009 г.) «О выборах депутатов Законодательной палаты Великого Хурала Республики Тыва»⁵.

На стадии назначения выборов палат бикамерального регионального парламента можно отметить следующую особенность: выборы депутатов Палаты представителей назначает Законодательная палата Великого Хурала Республики Тыва.

Гарантией обязательности проведения выборов Палаты представителей Великого Хурала является норма о предельном шестимесячном сроке проведения досрочных выборов депутатов этой палаты в случае досрочного прекращения полномочий Палаты представителей или ее депутатов, влекущих за собой неправомочность Палаты представителей, а также возможность назначения выборов Избирательной комиссией Республики Тыва в том случае, если Законодательная палата не назначит выборы в сроки, установленные законом. А в том случае, если и Избирательная комиссия Республики Тыва не назначит в установленный законом срок выборы депутатов Палаты представителей либо если Избирательная комиссия Республики Тыва отсутствует и не может быть сформирована, Верховный суд Республики Тыва может определить срок, в который должны быть назначены выборы.

Выборы депутатов Палаты представителей проводятся по 130 одномандатным округам. Одномандатные избирательные округа образуются на основании данных о численности избирателей, зарегистрированных на соответствующей территории. Схему избирательных округов утверждает Законодательная палата не позднее, чем за 20 дней до истечения срока, в который должны быть назначены выборы.

Выдвижение кандидатов в депутаты Палаты представителей Великого Хурала может осуществляться путем самовыдвижения, а также выдвижения избирательным объединением. Право гражданина на выдвижение в качестве кандидата может быть ограничено в следующих случаях: отсутствие у гражданина пассивного избирательного права, запрет выдвижения на одних и тех же выборах по нескольким избирательным округам, невозможность дать согласие на выдвижение на одних и тех же выборах более чем одному инициатору выдвижения.

Особенности определения результатов выборов объясняются применяемой на этих выборах мажоритарной системой относительного большинства: избранным в Палату представителей считается зарегистрированный кандидат, получивший наибольшее количество голосов избирателей от числа принявших участие в голосовании. При этом число голосов избирателей, принявших участие в голосовании, определяется по числу бюллетеней установленной формы, обнаруженных в ящиках для голосования. При равном числе полученных зарегистрированными кандидатами голосов избранным считается кандидат, зарегистрированный раньше.

Выборы Верховного Хурала (парламента) Республики Тыва первого созыва состоялись в декабре 1993 года. Важной особенностью выборов явилось то, что они проводились на основе новой Конституции (Основного Закона) Республики Тыва, принятой в октябре 1993 года. В состав Верховного Хурала было избрано 32 депутата. В 2002 году в соответствии с Конституцией Республики Тыва 2001 года прошли первые выборы в

двухпалатный парламент – Великий Хурал Республики Тыва. Выборы во второй созыв Великого Хурала прошли в октябре 2006 года. Однако для начала работы парламента потребовалось проведение дополнительных выборов в марте 2007 года. Это были первые в Туве выборы по смешанной системе, когда по новому выборному законодательству половина депутатов избирается по партийным спискам избирательных объединений, другая половина – по одномандатным округам. Особую остроту борьбе двух основных противоборствующих сил придавало то, что согласно новому выборному законодательству страны впервые в Туве главу исполнительной власти в республике должен был избрать новый состав парламента⁶.

Законодательная палата Великого Хурала Республики Тыва состоит из 32 депутатов и формируется на основе мажоритарной избирательной системы относительного большинства и пропорциональной избирательной системы. В соответствии со ст. 4 Закона Республики Тыва от 23 июня 2006 г. (в ред. от 12 января 2010 г.) «О выборах депутатов Законодательной палаты Великого Хурала Республики Тыва» 16 депутатов избираются по одномандатным избирательным округам (один округ - один депутат), образуемым на основе средней нормы представительства избирателей на одномандатный избирательный округ. При этом единая норма представительства избирателей на одномандатный избирательный округ устанавливается путем деления общего числа избирателей, проживающих на территории Республики Тыва и зарегистрированных в Республике Тыва в соответствии с федеральным законом, на общее число одномандатных избирательных округов.

Остальные 16 депутатов избираются по республиканскому избирательному округу пропорционально числу голосов, поданных за списки кандидатов в депутаты, выдвинутые политическими партиями.

Отличительной чертой выборов депутатов Законодательной палаты является возраст, по достижении которого гражданин Российской Федерации может быть избран депутатом Законодательной палаты. Депутатом

указанной палаты может быть избран гражданин, достигший на день голосования 20 лет.

Выборы депутатов Законодательной палаты Великого Хурала Республики Тыва назначаются Палатой представителей Великого Хурала Республики Тыва. Таким образом, «уравновешены» полномочия палат Великого Хурала, каждая из которых обладает полномочием по назначению выборов депутатов другой палаты. Отметим, что в федеральном парламенте подобного механизма не существует. Выборы в Государственную Думу назначает Президент Российской Федерации, Совет Федерации формируется при участии Президента РФ и органов государственной власти субъекта РФ.

Днями голосования на выборах являются второе воскресенье марта или в случаях, предусмотренных Федеральным законом «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», второе воскресенье октября года, в котором истекает срок полномочий Законодательной палаты.

В случае досрочного прекращения полномочий Законодательной палаты или депутатов, влекущего за собой неправомочность Законодательной палаты, досрочные выборы должны быть проведены не позднее чем через шесть месяцев со дня такого досрочного прекращения полномочий.

В связи с тем, что при формировании Законодательной палаты используются мажоритарная и пропорциональная избирательные системы, кандидаты в депутаты Законодательной палаты могут быть выдвинуты непосредственно, либо в составе республиканского списка кандидатов.

В свою очередь, непосредственное выдвижение кандидатов может быть осуществлено путем самовыдвижения, выдвижения избирательным объединением. Выдвижение кандидатов в составе республиканского списка кандидатов может быть осуществлено только избирательным объединением. Общее число кандидатов, выдвигаемых избирательным объединением по республиканскому избирательному округу, не может быть меньше числа

депутатских мандатов, распределяемых по пропорциональной системе, и не может превышать это число более чем в 1,5 раза. В случае, если республиканский список кандидатов разбивается на республиканскую и региональные части, то в республиканскую часть списка включаются кандидаты, не входящие в региональные группы кандидатов, в количестве не более пяти кандидатов, а каждая из региональных групп кандидатов должна включать не менее двух кандидатов.

Каждая региональная группа кандидатов в списке кандидатов избирательного объединения должна соответствовать определенной части территории республиканского избирательного округа - территории региональной группы.

Отметим, что для определения территорий региональных групп вся территория республиканского избирательного округа делится не более чем на восемь частей, включающих в себя не менее двух смежных одномандатных избирательных округов. Каждой территории региональных групп присваивается порядковый номер. Схема территорий региональных групп утверждается Законодательной палатой не позднее чем за 100 дней до дня голосования.

Для проведения выборов депутатов Законодательной палаты, избираемых по одномандатным избирательным округам, на территории Республики Тыва образуются 16 одномандатных избирательных округов на основании представленных в Избирательную комиссию Республики Тыва главами местных администраций муниципального района, городского округа данных о числе зарегистрированных на территории Республики Тыва избирателей.

Республиканский избирательный округ, по которому избираются депутаты Законодательной палаты по пропорциональной избирательной системе, включает в себя всю территорию Республики Тыва.

Определение результатов выборов предполагает ряд особенностей, связанных с видом используемой избирательной системы.

Распределение мест в Законодательной палате между республиканскими списками кандидатов происходит по следующей методике.

Во-первых, к распределению депутатских мандатов могут быть допущены те республиканские списки кандидатов, которые получили 7 и более процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании по республиканскому избирательному округу.

Во-вторых, вышеуказанных списков должно быть не менее двух и за все эти списки должно быть подано в совокупности более 50 процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании по республиканскому избирательному округу.

К распределению мандатов могут допускаться и не преодолевшие семипроцентный барьер списки кандидатов: если за республиканские списки кандидатов, каждый из которых получил 7 и более процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании по республиканскому избирательному округу, было подано в совокупности 50 или менее процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании; если за один республиканский список кандидатов подано более 50 процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании по республиканскому избирательному округу, а остальные республиканские списки кандидатов получили менее 7 процентов голосов избирателей.

Для определения результатов выборов депутатов Законодательной палаты по пропорциональной системе используется метод, аналогичный применяемому для определения результатов выборов депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ (метод квот Хейра).

Сумма голосов избирателей, поданных по республиканскому избирательному округу за республиканские списки кандидатов, допущенные к участию в распределении депутатских мандатов делится на 16 - число депутатских мандатов, распределяемых пропорционально между этими республиканскими списками кандидатов. Полученный результат есть первое

избирательное частное, которое используется в процессе распределения мандатов между республиканскими списками кандидатов.

Затем число голосов избирателей, полученных каждым республиканским списком кандидатов, участвующим в распределении депутатских мандатов, делится на первое избирательное частное. Целая часть числа, полученного в результате такого деления, есть число депутатских мандатов, которые получает соответствующий республиканский список кандидатов в результате первичного распределения мандатов.

В случае, если не все мандаты окажутся распределенными, производится их вторичное распределение. Нераспределенные депутатские мандаты передаются по одному тем республиканским спискам кандидатов, у которых оказывается наибольшей дробная часть числа, полученного в результате вышеописанного деления. Если дробные части равны, преимущество отдается тому республиканскому списку кандидатов, за который подано больше голосов избирателей.

После вторичного распределения мандатов может возникнуть необходимость их дополнительного распределения между республиканскими списками кандидатов. В таком случае сначала депутатские мандаты передаются республиканским спискам кандидатов, не получившим депутатских мандатов при их распределении в соответствии со значениями дробных частей, затем производится передача депутатских мандатов в соответствии с *коэффициентами дополнительного распределения* депутатских мандатов для каждого республиканского списка кандидатов. Коэффициент дополнительного распределения вычисляется путем деления общего числа депутатских мандатов, полученных соответствующим республиканским списком кандидатов, на число полученных этим же списком голосов избирателей. Депутатские мандаты распределяются по одному тем республиканским спискам кандидатов, в которых указанный коэффициент оказывается наименьшим. При равных значениях указанного

коэффициента депутатский мандат передается тому республиканскому списку кандидатов, который получил большее число голосов избирателей.

Если после такого распределения число дополнительно распределяемых депутатских мандатов окажется больше числа республиканских списков кандидатов, которые могут их получить, процедура дополнительного распределения повторяется необходимое число раз, при этом указанный коэффициент каждый раз вычисляется заново.

Законом о выборах закрепляются и правила распределения депутатских мандатов внутри каждого списка кандидатов. В первую очередь депутатские мандаты переходят к зарегистрированным кандидатам, включенным в республиканскую часть списка кандидатов, в порядке очередности их размещения в указанной части списка, а если республиканский список не разбит на региональные группы - в порядке очередности их размещения в списке. Оставшиеся депутатские мандаты распределяются внутри списка между региональными группами кандидатов в определенном порядке.

Сумма голосов избирателей, поданных за республиканский список кандидатов на тех территориях, которым соответствуют региональные группы кандидатов делится на число оставшихся не распределенными внутри республиканского списка кандидатов депутатских мандатов. Полученный результат есть второе избирательное частное данного республиканского списка кандидатов. Число голосов избирателей, поданных за каждую из региональных групп кандидатов, делится на второе избирательное частное. Целая часть числа, полученного в результате такого деления, есть число депутатских мандатов, которые получает соответствующая региональная группа кандидатов.

Если после указанных действий остаются нераспределенными депутатские мандаты, причитающиеся данному республиканскому списку кандидатов, они передаются по одному тем региональным группам кандидатов, у которых оказывается наибольшей дробная часть числа,

полученного в результате деления числа голосов избирателей, поданных за каждую из региональных групп кандидатов, на второе избирательное частное данного республиканского списка кандидатов. При равенстве дробных частей преимущество отдается той региональной группе кандидатов, за которую было подано большее число голосов избирателей.

Законом о выборах предусмотрен и порядок дополнительного распределения мандатов внутри списка кандидатов.

1. Если на момент проведения дополнительного распределения депутатских мандатов окажутся региональные группы кандидатов, не получившие депутатских мандатов в процессе их распределения и среди них окажутся группы, в которых имеются зарегистрированные кандидаты, не получившие депутатских мандатов, мандаты передаются по одному каждой из указанных региональных групп кандидатов. При этом сохраняется очередность передачи депутатских мандатов (в соответствии со значениями дробных частей), определяемая на основе вычисленного второго избирательного частного.

2. Если в процессе дополнительного распределения после исчерпания региональных групп кандидатов, не получивших депутатских мандатов в процессе их распределения в соответствии со значениями дробных частей, остаются нераспределенные депутатские мандаты, они распределяются по одному тем региональным группам кандидатов, в которых оказывается наименьшим коэффициент дополнительного распределения⁷, вычисляемый для каждой из региональных групп кандидатов, в которых имеются зарегистрированные кандидаты, не получившие депутатских мандатов.

В Законодательное Собрание Свердловской области выборы прошли 14 апреля 1996 года. Это был первый двухпалатный законодательный орган в краях и областях Российской Федерации. На основе пропорционального представительства участвовавших в выборах избирательных объединений в Областную Думу были избраны 14 депутатов. У 14 депутатов из прежнего состава были продлены полномочия в соответствии с положением о ротации

депутатов Областной Думы. Это способствовало преемственности в работе депутатского корпуса. В Палату Представителей по одномандатным избирательным округам был избран 21 депутат. 12 апреля 1998 года состоялись очередные выборы в Законодательное Собрание Свердловской области. В марте 2000 года состоялись очередные выборы в Законодательное Собрание Свердловской области. В Областную Думу были избраны 14 депутатов. В Палату Представителей Законодательного Собрания Свердловской области на основе мажоритарной системы по избирательным округам были избраны 17 депутатов, еще 2 депутата были избраны в июне 2000 года и 2 депутата — в марте 2001 года. На основании Областного закона «О внесении изменений и дополнений в статьи 32 и 34 Устава Свердловской области», принятого 22 апреля 1999 года, срок полномочий депутатов Палаты Представителей был увеличен с двух до четырех лет. В марте 2004 года в Свердловской области прошли выборы в Законодательное Собрание Свердловской области. Полностью переизбиралась Палата Представителей и на 50 процентов – Областная Дума. Впервые выборы проводились только по спискам федеральных политических партий, а не региональных движений, как было ранее. 8 октября 2006 года в Свердловской области прошли выборы в Областную Думу Законодательного Собрания Свердловской области.

2 марта 2008 года в Свердловской области прошли выборы в Законодательное Собрание Свердловской области. Полностью переизбиралась Палата Представителей и на 50 процентов – Областная Дума. 14 марта 2010 года в Свердловской области прошли выборы в Областную Думу Законодательного Собрания Свердловской области. В Областной Думе переизбирались 14 депутатов⁸.

Итак, в соответствии с Уставом Свердловской области Законодательное Собрание Свердловской области состоит из двух палат - Областной Думы и Палаты Представителей.

Областная Дума состоит из 28 депутатов, избираемых сроком на 4 года. Устав Свердловской области устанавливает порядок изменения состава

Областной Думы путем ротации - каждые 2 года переизбирается половина депутатов Областной Думы. Палата Представителей состоит из 21 депутата, избираемых сроком на 4 года.

Порядок формирования Областной Думы и Палаты представителей Законодательного Собрания Свердловской области, в отличие от Республики Тыва, регулируется единым актом - Избирательным кодексом Свердловской области от 29.04.2003 г. (в ред. от 27.11.2009 г.)⁹.

Выборы депутатов Областной Думы, депутатов Палаты Представителей Законодательного Собрания Свердловской области назначаются совместным постановлением палат Законодательного Собрания Свердловской области¹⁰.

Депутаты Областной Думы Законодательного Собрания Свердловской области избираются по единому избирательному округу, включающему в себя территорию Свердловской области в целом, пропорционально числу голосов, поданных за списки кандидатов в депутаты, выдвинутые избирательными объединениями.

Депутаты Палаты Представителей Законодательного Собрания Свердловской области избираются на основе мажоритарной избирательной системы относительного большинства по одномандатным избирательным округам, образуемым на территории Свердловской области.

В одномандатном избирательном округе избирательное объединение вправе выдвинуть одного кандидата. Избирательное объединение вправе выдвинуть один список кандидатов на выборах депутатов Областной Думы Законодательного Собрания Свердловской области, по единому избирательному округу, включающему в себя всю территорию Свердловской области.

Обращает на себя внимание такая особенность формирования списков кандидатов на выборах депутатов Областной Думы Законодательного Собрания Свердловской области, как деление его на общеобластную часть и территориальные группы. Подобный подход к

распределению мест внутри партийного списка представляется более демократичным по сравнению с системой «закрытых» списков без разделения кандидатов на региональные группы.

Границы частей территории Свердловской области, которым должны соответствовать территориальные группы кандидатов, определяет Избирательная комиссия Свердловской области и публикует перечень этих частей территории Свердловской области с указанием их наименований и наименований входящих в них административно-территориальных единиц, или муниципальных образований, или населенных пунктов (если часть территории Свердловской области включает часть территории административно-территориальной единицы, муниципального образования либо населенного пункта, в перечне должны быть описаны границы данной части территории административно-территориальной единицы, муниципального образования либо населенного пункта).

При осуществлении данного полномочия Избирательная комиссия Свердловской области руководствуется следующими требованиями закона:

1) число частей территории Свердловской области должно равняться четырнадцати;

2) части территории Свердловской области должны быть примерно равны по числу зарегистрированных избирателей с допустимым отклонением числа избирателей, зарегистрированных на части территории Свердловской области, от числа избирателей, зарегистрированных на каждой из других частей территории Свердловской области, не более чем на 15 процентов. При соблюдении указанного требования учитываются административно-территориальное деление Свердловской области, территории муниципальных образований;

3) не допускается образование части территории Свердловской области из территорий, не граничащих между собой.

В списке кандидатов в депутаты Областной Думы Законодательного Собрания Свердловской области одной части территории Свердловской

области должна соответствовать не более чем одна территориальная группа кандидатов. Число территориальных групп кандидатов определяется решением избирательного объединения и не может быть менее восьми.

Каждая территориальная группа кандидатов имеет свое наименование, состоящее не более чем из трех слов, при этом в списке кандидатов указывается, какой части территории Свердловской области она соответствует.

В общеобластную часть и территориальную группу кандидатов включается не более трех кандидатов. При этом кандидат может упоминаться в списке кандидатов только один раз, а общее число кандидатов, включенных в список кандидатов, не должно превышать 45 человек.

В поддержку выдвижения кандидата, списков кандидатов предусмотрен сбор подписей в количестве 0,75 процента подписей от числа зарегистрированных избирателей соответствующего избирательного округа как при выборах депутатов Палаты Представителей Законодательного Собрания Свердловской области (по одномандатным избирательным округам, так и при выборах депутатов Областной Думы Законодательного Собрания Свердловской области (по общеобластному избирательному округу).

Особенность определения результатов выборов Областной Думы Законодательного Собрания Свердловской области заключается в применении метода делителей (Империялли) при распределения депутатских мандатов между списками кандидатов.

К распределению депутатских мандатов допускается не менее двух списков кандидатов.

Каждый список кандидатов, допущенный к распределению депутатских мандатов, сначала получает по одному депутатскому мандату. Затем число голосов избирателей, полученных каждым списком кандидатов последовательно делится на числа из ряда возрастающих натуральных чисел

(делителей), начиная с двух до числа депутатских мандатов, распределяемых по единому избирательному округу.

Частные, полученные по всем спискам кандидатов, округленные в дробной части числа до шестого знака после запятой, располагаются в порядке убывания во вспомогательном ряду. Количество частных соответствующего списка кандидатов, расположенных во вспомогательном ряду, порядковые номера которых меньше или равны числу депутатских мандатов, есть число депутатских мандатов, которые получает соответствующий список кандидатов.

После распределения депутатских мандатов между списками проводится их распределение внутри каждого списка между общеобластной частью списка кандидатов и территориальными группами кандидатов. В первую очередь депутатские мандаты переходят к зарегистрированным кандидатам, включенным в общеобластную часть списка кандидатов, в порядке очередности их размещения в указанном списке.

Затем оставшиеся мандаты распределяются внутри списка между территориальными группами кандидатов в следующем порядке:

- 1) определяется число голосов избирателей, полученных списком кандидатов на каждой из частей территории Свердловской области, которым соответствуют территориальные группы кандидатов;

- 2) вычисляется доля числа голосов избирателей, поданных за территориальные группы кандидатов, от общего числа голосов избирателей, принявших участие в голосовании на соответствующей части территории Свердловской области;

- 3) территориальные группы кандидатов располагаются в порядке убывания вышеуказанной доли, и получают поочередно по одному мандату. При равенстве указанных долей преимущество отдается той территориальной группе кандидатов, за которую было подано большее число голосов избирателей.

Если после распределения депутатских мандатов в порядке, предусмотренном в части второй настоящего пункта, остаются депутатские мандаты, причитающиеся данному списку кандидатов, указанные мандаты распределяются внутри списка между территориальными группами кандидатов в такой же очередности в порядке убывания вышеуказанной доли.

Определение результатов выборов в Палату Представителей Законодательного Собрания Свердловской области происходит в следующем порядке. В случае признания выборов по избирательному округу состоявшимися и действительными избирательная комиссия на основании протокола о результатах выборов принимает решение о признании избранным кандидата, получившего наибольшее число голосов избирателей (при равенстве числа голосов избирателей избранным признается кандидат, зарегистрированный раньше).

Установление общих результатов выборов депутатов палат Законодательного Собрания Свердловской области осуществляет Избирательная комиссия Свердловской области на основании протоколов окружных избирательных комиссий о результатах выборов депутатов в одномандатных избирательных округах, протокола Избирательной комиссии Свердловской области о результатах выборов депутатов по соответствующему единому избирательному округу.

Ротация $\frac{1}{2}$ состава депутатов Областной Думы Законодательного Собрания произошла 14 марта 2010 года. В составе партийных списков были избраны 14 депутатов палаты областного парламента¹¹.

¹ Ст. 65 Конституции Российской Федерации.

² Парламентское право России: учебник./Под общей редакцией О.Н. Булакова. - М., 2006. - С. 584.

³ Медвецкий О.М. Двухпалатные парламенты России: история и современность/ИСП КоснультантПлюс.

⁴ Тувинская правда. 2006. 24 июня; 2009. 17 ноября; 2010. 19 января..

⁵ Тувинская правда. 2006. 24 июня; 2010. 19 января.

⁶ Законодательная палата Великого Хурала Республики Тыва: сайт. Кызыл, 2010.URL: <http://huraltuva.com> (дата обращения: 20.04.2010).

⁷ ...коэффициент вычисляется путем деления числа полученных региональной группой кандидатов депутатских мандатов на число полученных ею голосов избирателей. При равных значениях указанного коэффициента депутатский мандат передается той региональной группе кандидатов, которая получила большее число голосов избирателей. Если после такого распределения число дополнительно распределяемых депутатских мандатов окажется больше числа региональных групп кандидатов, которые могут их получить, процедура дополнительного распределения повторяется необходимое число раз, при этом указанный коэффициент каждый раз вычисляется заново.

⁸ Законодательное Собрание Свердловской области: сайт. Екатеринбург, 2010. URL: <http://www.duma.midural.ru> (дата обращения: 11 мая 2010).

⁹ Областная газета. 2003. 30 апреля; 2010. 24 февраля.

¹⁰ В соответствии с ч. 3 ст. 39 Устава Свердловской области палаты Законодательного Собрания Свердловской области собираются совместно для решения и ряда иных вопросов:

- для назначения выборов депутатов палат Законодательного Собрания Свердловской области;
- для принятия решения о самороспуске Законодательного Собрания Свердловской области;
- для принятия решения о наделении гражданина Российской Федерации по представлению Президента Российской Федерации полномочиями Губернатора Свердловской области и принятия присяги лица, наделенного полномочиями Губернатора Свердловской области, при вступлении в должность Губернатора Свердловской области;
- для заслушивания посланий и докладов Губернатора Свердловской области, а также для заслушивания докладов Правительства Свердловской области;
- для принятия решения о недоверии Губернатору Свердловской области;
- для избрания члена Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации - представителя от Законодательного Собрания Свердловской области;
- для принятия решения о досрочном прекращении полномочий Губернатора Свердловской области по представлению Президента Российской Федерации в случаях, предусмотренных федеральным законом;
- для назначения половины членов Избирательной комиссии Свердловской области;
- для назначения представителей общественности в квалификационной коллегии судей Свердловской области;
- для избрания представителей Законодательного Собрания Свердловской области в квалификационной комиссии при адвокатской палате Свердловской области;
- для рассмотрения иных вопросов в соответствии с настоящим Уставом и законами Свердловской области. Порядок принятия совместных постановлений палатами Законодательного Собрания Свердловской области регулируется специальным актом – Регламентом совместного заседания палат.

¹¹ Избирательная комиссия Свердловской области: сайт. Екатеринбург, 2010. URL: <http://www.ikso.org> (дата обращения: 11.05.2010).

МОДЕЛИ ВЫБОРА ГЛАВ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ДОСТОИНСТВА И НЕДОСТАТКИ

СОЛОДКАЯ М.С.,

*профессор кафедры общегуманитарных, социально-экономических,
математических и естественно-научных дисциплин,*

доктор философских наук,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: местное самоуправление, организационные структуры, глава муниципального образования, модели выбора, критерии предпочтения, конфликт между ветвями власти.

В статье верифицируются аргументы сторонников и противников модели выбора глав муниципальных образований в Российской Федерации из числа депутатов представительного органа. На основании двух введенных критериев – степени прямого влияния населения на решение вопроса о трех главных должностных лицах в муниципальном образовании и степени потенциальной конфликтности между двумя ветвями власти – проводится сравнение трех существующих моделей выбора глав муниципальных образований в Российской Федерации.

Keywords: local government, organizational structures, municipal chief, models of choice, preference criteria, conflict between two branches of power.

In the article arguments of advocates and opponents of choosing municipal chiefs in Russian Federation from among deputies of representative

body are verified. On the ground of two criteria, degree of population's direct influence on choice of people for three chief positions in municipality and on probability of conflict situation between two branches of power in future, comparison of three existed models of choosing municipal chiefs in Russian Federation is provided.

В настоящее время многие муниципальные образования в России изменяют применявшиеся в них ранее модели выбора глав муниципальных образований. В основном, это связано с переходом от традиционной модели выбора главы муниципального образования прямым голосованием населения с условием совмещения двух должностей - главы муниципального образования и главы муниципального органа исполнительной власти (местной администрации) - к моделям, где указанные должности разделены, а глава муниципального образования является главой органа представительной власти. Поскольку указанная инициатива в подавляющем большинстве случаев исходит от депутатов партии «Единая Россия», имеющей большинство в местных парламентах, то представители оппозиции оценивают эту новацию как «сворачивание демократии». Представители «Единой России», напротив, подчеркивают не только функциональную полезность данной новации, но и отстаивают тезис об «усилении демократии».

В связи с обострением политической полемики по данному вопросу явно назрела необходимость выявить и публично обсудить достоинства и недостатки существующих моделей выбора глав муниципальных образований в Российской Федерации, руководствуясь не интересами конкретных политических сил и партий, эмоциями и «классовым чутьем», а определенными общими принципами управления.

Достижению поставленной цели будет способствовать решение следующих задач. Во-первых, необходимо верифицировать основные

аргументы и выводы обеих сторон. Во-вторых, выделить определенные критерии сравнения существующих моделей выбора глав муниципальных образований. В-третьих, на основании выделенных критериев обсудить достоинства и недостатки указанных моделей.

Начнем с верификации основных аргументов и выводов обеих сторон. В качестве основного аргумента оппозиция использует тот факт, что в предлагаемой «единороссами» модели глава муниципального образования избирается не прямым голосованием населения, а из числа выбранных депутатов органа представительной власти. Это и является, по их мнению, прямым проявлением «сворачивания демократии», поскольку при решении одного из главных вопросов местного самоуправления *население прямого участия не принимает*, участвуя косвенно, доверяя такое решение своим представителям – депутатам. Подчеркнем, что оппозиция выступает «против» перехода к новой модели не по вопросу разделения постов главы муниципального образования и главы местной администрации, а по вопросу отмены прямого голосования населения при выборе главы муниципального образования.

Выясним, насколько оправдан вывод о «сворачивании демократии», исходя из посылки, что сокращается зона «прямого действия» населения в форме его прямого голосования при выборе главы муниципального образования. «Судьба демократии при любой ее форме и развитости зависит от мелкой технической детали – процедуры выборов. ...Без опоры на подлинно всеобщее голосование демократические институты повисают в воздухе».¹ Исходя из этого тезиса, действительно можно сделать вывод, что отмена прямого всеобщего голосования при выборе главы муниципального образования приведет к тому, что определенные демократические институты «повиснут в воздухе».

Но так ли фатально для демократии сужение зоны «прямого действия»? Обратимся к позиции того же Хосе Ортеги-и-Гассета. «...когда бы и из каких бы побуждений ни вторгалась масса в общественную жизнь,

она всегда прибегала к «прямому действию». Видимо, это ее природный способ действовать. ...теперь, когда диктат массы из эпизодического и случайного превратился в повседневный, «прямое действие» стало правилом. Все человеческие связи подчинились этому новому порядку, упразднившему «непрямые» формы сосуществования».² В превалировании форм «прямого действия» над формами «непрямого действия» Ортега-и-Гассет видит основные проявления «одичания» в политической жизни, которые он расценивает как угрозу цивилизации. В связи с этим, вывод о «сворачивании демократии» в связи с переходом от формы «прямого действия» к форме «непрямого действия» выглядит несостоятельным. «Сворачивается» не демократия как таковая, а только ее, в определенном смысле, простейшие формы прямого участия. Но в связи с этим возникает вопрос – готова ли Россия к более сложным демократическим формам «непрямого» действия? Ведь утверждение о том, что демократию в России нельзя назвать сильной, навряд ли будут отрицать даже представители партии парламентского большинства «Единая Россия».

Основные аргументы «единороссов» в подтверждение целесообразности перехода к новой модели выбора глав муниципальных образований сводятся, как правило, к следующим четырем «преимуществам».

Во-первых, ссылка на уже имеющийся и, якобы, успешный отечественный опыт (Брянской и Тюменской областей, Удмуртии, Казани, Кургана, Калуге, Омска, Пензы, Перми, Калининграда, Саратова, Белгорода и т.д.) и на зарубежный опыт (в США в настоящее время около 90% графств и поселений используют контрактный менеджмент).

Во-вторых, экономия затрат на избирательную кампанию (если наемный глава местной администрации не справится с исполнением своих обязанностей и начнет заваливать городское хозяйство, его можно будет заменить на другого без дополнительной нагрузки на городской бюджет в виде внезапных перевыборов).

В-третьих, снижение уровня коррумпированности глав местных администраций, сведение к минимуму противостояния региональных и местных властей (глава муниципального образования и нанятый сити-менеджер будут контролировать и взаимно ограничивать друг друга).

В-четвертых, разделение вопросов политических и хозяйственных (сити-менеджер будет отвечать за бесперебойное функционирование городского хозяйства, а глава муниципалитета становится ключевой политической фигурой, обеспечивая баланс интересов всех политических сил во имя стратегических интересов города и его жителей).

Обсудим последовательно представленные выше аргументы «единороссов», обосновывающие целесообразность перехода к новой модели выбора глав муниципальных образований.

Ссылка на чей-то *успешный опыт* является хорошим «подкрепляющим» аргументом в управлении лишь при соблюдении следующих правил: 1) существенные условия применения предлагаемой модели аналогичны; 2) число случаев «безуспешного» применения предлагаемой модели достаточно мало. Соблюдаются ли оба отмеченных выше правила, никто из сторонников новой модели выбора глав муниципальных образований не обсуждает. Тогда как противники справедливо указывают, что опыт США неоднократно пытались использовать в российских условиях, желая «как лучше», но «получалось как всегда». Российский имеющийся опыт пока не дает оснований утверждать, что сити-менеджер действует успешнее главы местной администрации, являющегося одновременно главой муниципального образования. По крайней мере, результаты объективного комплексного исследования по данному вопросу неизвестны (заметим, что партия «Единая Россия» для того, чтобы правомочно использовать подобный аргумент, вполне могла себе позволить такое исследование). Кроме этого, заметим, что назначать лицо главой местной администрации по контракту можно, не отменяя прямые выборы главы муниципального образования. Это вполне

позволяет сделать одна из трех моделей выбора главы муниципального образования³.

Обсудим второй аргумент, связанный с экономией затрат на избирательную кампанию в случае, если наемный глава местной администрации не справится с исполнением своих обязанностей и начнет заваливать городское хозяйство. В Ст. 37, ч. 10 о досрочном прекращении полномочий главы местной администрации, осуществляемых на основе контракта, существенным дополнением, по сравнению с аналогичной нормой для главы муниципального образования⁴, является наличие пункта 3) «расторжения контракта в соответствии с частью 11 настоящей статьи». В указанной части данной статьи указывается, что «контракт с главой местной администрации может быть расторгнут по соглашению сторон или в судебном порядке». Если найдутся ресурсы, чтобы глава местной администрации «согласился», то об определенной экономии затрат можно говорить. А если расторгать контракт в судебном порядке, то еще неизвестно, что дешевле обойдется.

Обсудим, насколько новая модель выбора главы муниципального образования будет способствовать снижению уровня коррумпированности глав местных администраций. Напомним, что сторонники этой модели в защиту данного тезиса приводят аргумент, что глава муниципального образования и нанятый сити-менеджер будут контролировать и взаимно ограничивать друг друга. Если следовать букве 131-ФЗ, Ст. 37, ч. 6, п. 1, то «глава местной администрации, осуществляющий свои полномочия на основе контракта, подконтролен и подотчетен представительному органу муниципального образования». Он даже не подконтролен и не подотчетен населению (как глава муниципального образования⁵). Таким образом, ни о каком прямом контроле за деятельностью главы местной администрации со стороны главы МО речи не идет. Речь идет о контроле косвенном, поскольку глава МО является одновременно и главой представительного органа. Косвенный контроль за деятельностью главы местной

администрации со стороны главы МО может осуществляться в соответствии с тем, что контракт с главой местной администрации может быть расторгнут на основании заявления главы МО – в связи с нарушением условий контракта в части, касающейся решения вопросов местного значения⁶. Но кто гарантирует, что не появится новая «коррупционная составляющая» при назначении главы местной администрации по контракту, или при выборе главы МО из числа депутатов представительного органа? Возможность такая есть. Реализуется ли она, и в какой степени – пока не ясно.

Что касается сведения к минимуму противостояния региональных и местных властей, то уместнее было бы утверждать, что в новой модели региональная власть получает возможность усилить свое влияние на муниципальном уровне. Это обусловлено следующим. Во-первых, одна треть членов конкурсной комиссии назначается законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта Российской Федерации по представлению высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации)⁷. Во-вторых, контракт с главой местной администрации может быть расторгнут на основании заявления высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) – в связи с нарушением условий контракта в части, касающейся осуществления отдельных государственных полномочий, переданных органам местного самоуправления федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации⁸. Заметим, что в конкурсной комиссии представители субъекта РФ не имеют блокирующего большинства, т.к. две трети ее членов назначаются представительным органом муниципального района (городского округа).

Относительно разделения вопросов политических и хозяйственных, что обеспечивается новой моделью выбора глав МО, следует отметить, что

«де юре» это так, но вот «де факто» не совсем так. Назначаемый по конкурсу глава местной администрации вынужден будет реализовывать интересы партии, получившей большинство в представительном органе, поскольку во многом благодаря согласию ее представителей он получает данные полномочия. Это же большинство может при случае добиться и инициирования процедуры расторжения контракта с наемным сити-менеджером. Надежды сторонников новой модели на то, что наемный глава местной администрации будет удален от политических игр и не станет подгонять решение насущных вопросов под предвыборные цели, навряд ли хоть сколько-то оправданны даже для них самих.

Подвергнув верификации основные аргументы сторонников и противников новой модели выбора глав муниципальных образований, выделим собственные *критерии сравнения* трех узаконенных моделей выбора глав муниципальных образований. В качестве таковых предлагаем ввести влияние населения на результаты муниципальных выборов и потенциальную конфликтность трех основных сторон – главы муниципального образования, представительного органа, главы местной администрации. Здесь мы, естественно, не претендуем на полноту (в рамках статьи это невозможно). Выбор именно этих критериев диктуется, во-первых, тем, что и сторонники, и противники новой модели именно население пытаются привлечь в союзники, а во-вторых, конфликты снижают управляемость системы (хотя в других отношениях они могут быть весьма полезны).

Теперь, на основании выделенных критериев, обсудим достоинства и недостатки трех моделей выбора глав муниципальных образований, допустимых согласно ФЗ № 131⁹. В дальнейшем для краткости будем называть их «старой» (глава МО избирается прямым голосованием населения и возглавляет местную администрацию), «новой» (глава МО избирается из числа депутатов представительного органа и исполняет полномочия его председателя, глава местной администрации назначается по

контракту) и «третьей» (глава МО избирается прямым голосованием населения, входит в состав представительного органа с правом решающего голоса и исполняет полномочия его председателя, глава местной администрации назначается по контракту).

Начнем со степени влияния населения на результаты муниципальных выборов.

В «старой» модели население прямо участвовало в избрании и главы МО (он же глава местной администрации), и в выборах депутатов. Глава представительного органа избирался из числа депутатов. Им, как правило, становился представитель партии, получившей большинство депутатских мандатов. Таким образом, население прямо влияло на избрание двух главных должностных лиц муниципального образования, в том числе, и высшего должностного лица. На избрание третьего главного должностного лица – Председателя представительного органа – оно влияло косвенно, голосуя за кандидатов, являющихся представителями или сторонниками определенных партий.

В «новой» модели население прямо участвует только в избрании депутатов. Таким образом, в решении вопроса о трех главных должностных лицах в муниципальном образовании население прямого участия не принимает. Очевидно, что зона «прямого действия» населения в этой модели сужается.

В «третьей» модели прямо участвует в избрании и главы МО (он же Председатель представительного органа), и в выборах депутатов. Глава местной администрации назначается по контракту. Таким образом, население прямо влияет на избрание двух главных должностных лиц муниципального образования, в том числе, и высшего должностного лица. На назначение по контракту третьего главного должностного лица – главы местной администрации – влияние населения косвенное и, прямо скажем, весьма незначительное.

Как видно, в «новой» модели выбора глав муниципальных образований степень прямого влияния населения на решение вопроса о трех главных должностных лицах муниципального образования меньше, чем в двух остальных. Поскольку этот вывод достаточно очевиден, и против него трудно возражать, то сторонники новой модели обычно ссылаются здесь на то, что, голосуя за кандидатов на пост главы муниципального образования, население часто «покупается» на популистские лозунги, которые отдельные политики в период выборов в изобилии раздают, а потом не выполняют. Поэтому, следовательно, если население не будет участвовать в прямом избрании главы муниципального образования, то таким недобросовестным «популистам» будет поставлен своеобразный «заслон» не поддающимися на подобные уловки депутатами. Хотелось бы узнать, чем же руководствуется население при выборе депутатов? Разве не теми же «популистскими» лозунгами? А если это так, то как же такие депутаты могут гарантировать отсутствие недобросовестного «популиста» на посту главы муниципального образования? Ведь они будут выбирать главу муниципального образования из своего состава. Видимо, остается надеяться, что население выберет в депутаты хотя бы одного «непопулиста», и депутаты выберут в главы МО представителя именно этой категории. Но в этом случае вероятность того, что и в результате прямых выборов на пост главы МО выберут «непопулиста» навряд ли меньше.

Перейдем теперь к выявлению степени потенциальной конфликтности между ветвями власти в трех моделях выбора глав муниципальных образований в Российской Федерации.

В «старой» модели глава исполнительного органа муниципальной власти (местной администрации) имел неоспоримые преимущества по сравнению с главой представительного органа, поскольку он одновременно являлся и Главой муниципального образования, т.е. высшим должностным лицом муниципального образования. Так, будучи Главой муниципального образования, он в пределах своих полномочий: без доверенности действует

от имени муниципального образования; подписывает и обнародует нормативные правовые акты, принятые представительным органом муниципального образования; издает правовые акты; вправе требовать созыва внеочередного заседания представительного органа муниципального образования¹⁰. В этой модели конфликт между главой муниципального образования и главой исполнительной власти отсутствует (одно лицо), а потенциальный конфликт между исполнительной и законодательной ветвями власти или, между представительным органом и главой муниципального образования достаточно реален (что подтверждала и практика российских муниципалитетов). Причем, исполнительная власть имеет гораздо большие «рычаги давления» в этих конфликтах, чем представительный орган.

В «новой» модели конфликт между главой муниципального образования и председателем представительного органа невозможен (одно и то же лицо). Существует потенциальная возможность конфликта между депутатским корпусом и председателем представительного органа муниципального образования. Но у депутатского корпуса партии (либо другой группы влияния), получившей большинство мест в представительном органе муниципального образования есть весомые рычаги в этом конфликте – они могут не избрать эту кандидатуру на должность главы муниципального образования (эти «угрозы» гораздо реальнее от депутатского «большинства», нежели от населения). Отметим, что этот «рычаг» работает лишь в том случае, когда у данной политической партии (либо другой группы влияния) достаточно высоки шансы получить большинство в депутатском корпусе на следующих выборах. Вторая ось потенциального конфликта – между главой местной администрации и депутатским корпусом. Главный «козырь» главы местной администрации – реальные деньги. Кроме этого, необходимость расторжения контракта с ним по соглашению сторон или в судебном порядке. Позиция главы местной администрации в конфликте может усилиться, если его сторонником будет

глава муниципального образования (в случае открытого или латентного конфликта последнего с депутатским корпусом). Основные «рычаги» депутатского корпуса – устанавливают порядок проведения конкурса на замещение должности главы местной администрации, общее число членов конкурсной комиссии, назначают членов конкурсной комиссии (в поселении) или две трети ее членов (в муниципальном районе или городском округе)¹¹, утверждают местный бюджет и отчет о его исполнении¹², принимают ежегодный отчет о результатах деятельности главы местной администрации и деятельности местной администрации¹³, основанием расторжения контракта с главой местной администрации может быть заявление представительного органа муниципального образования¹⁴. В этой модели позиции представительного органа (следовательно, депутатского корпуса) более сильные в возможных конфликтах, чем в старой модели.

В «третьей» модели конфликт между главой муниципального образования и председателем представительного органа невозможен (одно и то же лицо). Потенциальная возможность конфликта между депутатским корпусом и председателем представительного органа муниципального образования гораздо вероятнее, чем в «старой» и «новой» моделях. Это обусловлено тем, что в результате прямого избрания населением главой муниципального образования (одновременно Председателем представительного органа) может стать лицо, не поддерживаемое большинством депутатского корпуса. Это может привести к достаточно сильной конфронтации внутри представительного органа. У каждой из сторон потенциального конфликта имеются достаточно сильные закрепленные в законодательстве рычаги давления. В этом случае каждая из указанных сторон приложит значительные усилия, чтобы провести «свою» кандидатуру на должность местной администрации для усиления собственных позиций. В такой ситуации неизбежен политический «торг» по поводу «ключевых» постов в представительном органе муниципального

образования и местной администрации. В этих целях вполне вероятно использование такого инструмента как заключение «пакетных» соглашений между различными группами влияния (например, политическими партиями). При определенных условиях, эта модель наиболее потенциально конфликтная, и механизмы разрешения конфликта здесь более политические, нежели процедурно-правовые.

Таким образом, в «новой» модели выбора глав муниципальных образований большинство депутатского корпуса (представительный орган) получает определенные преимущества в случае конфликта с исполнительной властью в лице главы местной администрации. Вполне понятно, поэтому, почему члены партии, имеющие в настоящее время большинство в подавляющей части муниципальных образований, являются активными сторонниками и инициаторами введения этой модели.

¹ Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс. – М.: АСТ, 2002, сс. 150-151.

² Там же, с. 72.

³ ФЗ № 131 «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» . Ст. 36, ч. 2. Принят ГД 16 сентября 2003 г.

⁴ Там же, Ст. 36, ч. 6.

⁵ Там же, Ст. 36, ч. 5.

⁶ Там же, Ст. 37, ч. 11., п. 1.

⁷ ФЗ № 131 «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» . Ст. 37, ч. 5. Принят ГД 16 сентября 2003 г.

⁸ Там же, Ст. 37, ч. 11, п. 2.

⁹ Там же, Ст. 36, ч. 2.

¹⁰ ФЗ № 131 «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» . Ст. 36, ч. 4. Принят ГД 16 сентября 2003 г.

¹¹ ФЗ № 131 «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» . Ст. 37, ч. 5. Принят ГД 16 сентября 2003 г.

¹² Там же, Ст. 35, ч. 10, п. 2.

¹³ Там же, Ст. 37, ч. 6, п. 2.

¹⁴ Там же, Ст. 37, ч. 11, п. 1.

**ПРОФСОЮЗЫ: ВОЗНИКНОВЕНИЕ, РАЗВИТИЕ
И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ПРИЗНАНИЕ
(ИЗ ИСТОРИИ ЗАРУБЕЖНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА)**

ЧЕМЕРИНСКАЯ В.В.,

*к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** профессиональные союзы, законные забастовки, первичная профсоюзная организация, индивидуальный трудовой договор, судебный запрет, коллективный договор, профсоюзы Великобритании, профсоюзы США.*

Мировой исторический опыт развития гражданских обществ показывает, что профессиональные союзы, являющиеся одним из видов общественных объединений, выступают важнейшим элементом механизма регулирования труда в условиях рыночной экономики. Фактическое признание профсоюзов происходит под давлением рабочего движения и начинается с отмены уголовной ответственности за профсоюзную деятельность. С начала XX века профсоюзы и их стачечная деятельность практически во всех европейских государствах и США получают законодательное признание. Возникнув в эпоху промышленных революций, профсоюзы не только не исчезли в постиндустриальном мире, но и по-прежнему сохраняют свою роль социальных регуляторов во многих отраслях жизнедеятельности.

Key words: *Trade Union, legal strikes, primary trade union organization, individual contract of employment, prohibition court order, collective contract, trade unions of the UK, trade unions of the USA.*

World historical experience in the sphere of civil community development shows that trade unions as one of the social institutions are the most important elements of mechanism economy conditions. Actual recognition of trade unions takes place under the pressure of labour movement and starts with the abolition of criminal responsibility for trade union activity. From the beginning of the XXth century trade unions and their striking activity gets legislative recognition in almost all European states and the USA. Having appeared in the epoch of industrial revolutions trade unions did not only vanish away in post-industrial world but still keep their role of social regulator in different spheres of life.

Мировой исторический опыт развития гражданских обществ показывает, что профессиональные союзы, являющиеся одним из видов общественных объединений, выступают важнейшим элементом механизма регулирования труда в условиях рыночной экономики. Возникнув в эпоху промышленных революций, они не только не исчезли в постиндустриальном мире, но и по-прежнему сохраняют свою роль социальных регуляторов во многих отраслях жизнедеятельности.

Только со второй половины 19 века государственная власть и законодательство начали признавать правомерной коллективную защиту работниками своих производственных интересов и создаваемые ими в этих целях общественно-профессиональные объединения. До этого право большинства европейских стран, США относилось к этой защите и к таким объединениям, безусловно, репрессивно. Закон Ле Шапелье от 14-17 июня 1791г., принятый еще в период Французской революции в целях борьбы с цеховым строем запрещал любые профессиональные организации, как

работодателей, так и работающих, осуждал и карал любые стачки и соглашения с целью изменения условий труда или вообще нарушения индивидуальных договоров; инициаторов таких выступлений ждали уголовные штрафы и лишение на срок прав активных граждан.¹ Французское уголовное законодательство запретило создание без разрешения правительством общественных объединений, различного рода соглашения и выступления в целях защиты трудовых прав. Уголовная ответственность была сохранена даже после частичной легализации в законе (1864г.) забастовок и возможности образования рабочих союзов. Английское общее право рассматривало забастовку как «заговор» уголовного содержания, направленный против правосудия. Законы об обществах 1799 и 1800 гг., принятые в Англии предусматривали административную и уголовную ответственность за профессиональную деятельность.

Фактическое признание профсоюзов происходит под давлением рабочего движения и начинается с отмены уголовной ответственности за профсоюзную деятельность. Первые профессиональные союзы работающих возникают полулегально в первой половине XIX века: в Великобритании - 1824г., США – 1834г. Однако реальные проявления их деятельности были весьма ограниченными. В Великобритании только с 1871г. стали возможны требования профсоюзов об улучшении условий труда, в 1875г. разрешены пикеты предприятий. Во Франции свобода рабочих коалиций от уголовного преследования была провозглашена законом 1884г., но только с 1901г. образование профсоюзов стало свободным, не требующим формальностей для создания юридического лица частного права. В США законы о статусе профсоюзов были приняты в 1885-1886гг. Свободной стала деятельность профсоюзов и в большинстве других стран – Германии(1864г.), Австрии (1870-е гг.), Нидерландах (1886г.), Бельгии (1867г.). Иногда законодательство ограничивало проявления профсоюзной деятельности, вводя наказания за возможные «угрозы» в адрес предпринимателей (Италия,1884г.). Далек не везде закон разрешал вообще деятельность профсоюзов по урегулированию

трудовых конфликтов. Так, в Швейцарии по закону 1900г. конфликт следовало улаживать через третейский суд, в Новой Зеландии (1894г.,1901 г.) вводился принудительный арбитраж государства, которого нельзя было избежать.²

Классическим примером законодательства о признании профсоюзов считается английский закон о профсоюзах от 29 июля 1871г. Он отразил наиболее распространенные в то время в англосаксонской системе права подходы к проблеме легализации профсоюзов. Закон 1871г. установил, что профессиональный союз, цели которого не противоречат указанным в этом законе, не может считаться незаконным «преступным сговором» по общему праву. Закон определил профсоюз как любое постоянное или временное объединение лиц, преследующих сугубо экономические цели – регулирование трудовых отношений и связанных с ними льгот для своих членов. Он ввел две категории профсоюзов: зарегистрированных и незарегистрированных. Профсоюз может быть зарегистрирован любыми не менее чем семью членами-основателями при условии выполнения всех требований закона 1871г. относительно целей, устава и правил деятельности. Профсоюз заносится в государственный регистр товарищеских обществ». Регистрация хотя и носит добровольный характер, но дает зарегистрированному профсоюзу ряд преимуществ. Так, он получает права владения и распоряжения собственностью, предъявления исков в суде и отвечать по искам, иметь льготы в области налогообложения. Именно по этой причине большинство английских профсоюзов регистрируются.

Закон 1871г. формально не легализовал право трудящихся на забастовки, хотя к тому времени они стали обычным явлением в политической жизни Англии. Право на забастовки выводится английским законодательством из так называемых иммунитетов – правовых принципов освобождения профсоюзов и забастовщиков от юридической ответственности в случае законных трудовых конфликтов и забастовок. Закон о сговоре и защите собственности 1875г. освободил профсоюзы и

участников забастовки от уголовно-судебной ответственности за легальные забастовки, хотя и с рядом исключений. Закон о трудовых конфликтах 1906г. освободил также от гражданско-правовой имущественной ответственности за вред, причиненный предпринимателю законной забастовкой. Закон о реформе профсоюзов 1993г. значительно усложняет процедуру принятия решения профсоюзом о каких-либо промышленных действиях, включая и забастовку. Работодателю должно быть направлено уведомление за семь дней до начала предполагаемого действия.

В Великобритании профсоюзное движение имеет богатые традиции. Практически на каждом предприятии действует первичная профсоюзная организация. До последнего времени на большинстве предприятий существовало неписанное правило «закрытого цеха». Согласно этому правилу все работники данного предприятия обязаны быть членами профсоюза, действующего на нем. Лишь в 1980г. был принят закон, ограничивающий это право.

Правовое регулирование коллективных переговоров между профсоюзами и предпринимателями в Великобритании различно в зависимости от формы собственности предприятия. В национализированном секторе законодательно предусмотрена обязанность работодателя вести переговоры и заключать коллективные договоры. В частном секторе отсутствует не только юридическая обязанность предпринимателей заключать коллективные договоры, но даже вести коллективные переговоры. Юридическая сила коллективных договоров имеет определенную специфику. Они являются своеобразными «джентльменскими соглашениями» между профсоюзами и администрацией и носят характер моральных обязательств сторон. Вместе с тем нормы коллективных договоров инкорпорируются индивидуальными трудовыми договорами либо становятся подразумеваемыми условиями этих договоров для лиц, на которых распространяются коллективные договоры. Стороны индивидуального трудового договора жестко не связаны коллективным договором и вправе

устанавливать условия, как улучшающие, так и ухудшающие положение работника по сравнению с коллективным договором. Срок действия коллективного договора зависит от усмотрения сторон. Как правило, они заключаются на неопределенный срок.

В отличие от большинства стран, в Великобритании законодательство не использует понятие «представительный» профсоюз и не предусматривает никаких обязательных процедур, связанных с этим понятием. Вопрос о признании профсоюза представительным в качестве партнера по проведению коллективных переговоров решает исключительно работодатель. Отсутствуют и так называемые «органы участия» трудящихся в управлении производством. Эти функции, а также и защиту интересов трудящихся данного предприятия осуществляют избранные ими представители – шоп-стюарды. Совокупность конкретных полномочий представителей трудящихся определяется, как правило, коллективными договорами и зависит в конечном счете от конкретного соотношения профсоюзов и предпринимателей на дано предприятии и в отрасли.

Законом 1974г. впервые установлена обязанность предпринимателя консультироваться по вопросам охраны труда с представителем по безопасности, которого назначает профсоюзная организация предприятия. Представитель по безопасности может проводить оценку рисков на предприятии, расследовать несчастные случаи и жалобы трудящихся по вопросам условий труда, ставить перед предпринимателем требование о вызове государственной инспекции по труду и участвовать в инспектировании. Профсоюзы также имеют реальную возможность воздействовать на регулирование трудовых отношений, участвуя в работе промышленных судов Великобритании. В состав промышленных судов входит один судья-профессионал и два судьи-непрофессионала. Судьи-непрофессионалы назначаются для каждого конкретного дела из списка, который составляется после консультаций с профсоюзами и предпринимателями. Как показывает практика, большинство из них являются

вышедшими на пенсию функционерами профсоюзов и предпринимательских организаций.³

В США первые профсоюзы появились в конце ХУШ века. Суды объявили их преступным сговором против предпринимателей и общества. Они считались незаконными, противоречащими общественным интересам. Судебная доктрина о преступном сговоре была заимствована американскими судами из Англии. Формулировка «преступный сговор» не устанавливалась каким-либо законодательным актом, а являлась одной из доктрин системы общего права. В 1842 году суд штата Массачусетс вынес решение, согласно которому рабочие союзы не являлись противозаконными только в силу своего образования. В конце XIX века доктрина преступного сговора в отношении профсоюзов постепенно выходит из употребления судами и заменяется судебным предписанием, получившим название «судебный запрет».⁴ Практика применения судебного запрета прекратилась в 1932г. после выхода закона Норриса-Лагардия. Особое место в регулировании деятельности профсоюзов занимают так называемые антитрестовские законы. В их число входят три главных: Закон Шермана 1890г., Закон Клейтона 1914г. и Закон о создании Федеральной торговой комиссии 1914г.

Закон Норриса-Лагардия ограничивал использование предпринимателем судебной власти, оставляя профсоюзы один на один в борьбе с предпринимателями. Этот закон определил ряд действий профсоюзов, в отношении которых ни один федеральный суд не обладает правом выпускать судебный запрет. Закон дал максимально широкое определение термину «трудовой конфликт». Существенно затруднил для предпринимателей использование судов в целях подавления стачек, бойкотов и подобных профсоюзных действий. В 1935г. президент Ф.Рузвельт подписал закон, получивший имя сенатора Вагнера. Этот закон впервые легализовал право трудящихся на объединение в профсоюз. Он не просто провозглашал право на профсоюз, коллективный договор и стачку, но давались определенные гарантии осуществления этих прав, перечислялись действия

предпринимателей, с помощью которых срывались стачки и не допускались профсоюзы; такие действия объявлялись «нечестной трудовой практикой».⁵ В 1947г. был принят Закон Тафта-Хартли. Данный закон ограничивал средства борьбы – стачки, пикеты, бойкоты; препятствовал вступлению в профсоюзы; предписывал политические запреты. Под надзор правительства была поставлена вся внутренняя жизнь профсоюзов. Этой цели служили статьи, содержащие требования отчетности. За не предоставление сведений профсоюзы подвергались наказанию – лишению защиты со стороны государства.⁶ Закон Ландрама-Гриффина усилил ответственность профсоюзов. Сегодня вмешательство государства в деятельность профсоюзов осуществляется на основании именно этого закона.

Впервые забастовки в США были легализованы Законом Вагнера, который провозгласил право работников прибегать к забастовкам без каких-либо ограничений, кроме установленных законом. В дальнейшем, с принятием законов Тафта-Хартли и Ландрама-Гриффина, были установлены некоторые законодательные ограничения. Закон Тафта-Хартли признает законными только два вида забастовок: забастовки с экономическими требованиями и забастовки в связи с «нечестной трудовой практикой». По Закону Тафта-Хартли запрещены забастовки в течение 60 дней с момента уведомления профсоюзов о намерении прекратить действие коллективного договора или изменить его условия. Закон предусматривает определенный период «охлаждения», в течении которого профсоюзы не могут начинать забастовку в случае возникновения конфликта чрезвычайного характера. Чрезвычайные процедуры, предусматриваемые законодательством, регламентируют создание специального органа – комиссии по расследованию. Президент уполномочен после получения доклада комиссии, обратиться в Федеральный суд, с требованием о выдаче судебного приказа о запрещении забастовки на период до 80 дней. Полностью под угрозой увольнения запрещались забастовки для государственных служащих (1967г.).

С началом XX века профсоюзы и их стачечная деятельность практически везде получили законодательное признание. Однако своего рода политической реакцией на это стало возникновение института принудительного государственного арбитража. Государство стремилось усилить свое административное влияние в социальных вопросах, предупредить социально опасное разрастание производственных конфликтов. Распространение получили в основном две системы государственного вмешательства в трудовые споры. Одна, так называемая канадская (установленная в 1902-1907 гг.), предполагала обязательное откладывание забастовки, объявленной вследствие несогласия работников с работодателем, до разбора спора в особой Палате соглашений (где участвовали представители Министерства труда и самих сторон). Другая требовала запрета стачки и принудительного решения трудового спора при участии особых государственных органов. Система принудительного арбитража получила воплощение в законодательстве Австралии (1894г.), Новой Зеландии (1904г.), Великобритании (1911г.) Органами примирения выступали или особые советы или третейские суды.⁷

С возрастанием степени государственного вмешательства в трудовые конфликты стала формироваться и специализированная администрация по трудовым и социальным вопросам. В конце XIX века более чем в десяти странах мира появились правительственные департаменты по труду, в Бельгии, США – министерства. Стали возникать и особые органы – так называемые высшие советы по труду, иногда (во Франции, Бельгии, Италии) с разветвленными местными органами. В эти советы входили представители правительственной администрации, профсоюзов, объединений работодателей. Особенно значительной стала регламентация профсоюзного и забастовочного движения после второй мировой войны. Законодательство большинства стран, признавая правомерными коллективные выступления работников в защиту своих прав и организационную в этом роль профсоюзов, стало ограничивать возможные последствия такого движения.

Профсоюзы должны быть зарегистрированы в местных органах власти, им запрещается политическая и коммерческая деятельность. Распространенным стало правило о допустимости запрета на забастовку со стороны государственной власти.

Длительное время вне юридического признания оказывались и коллективные договоры. Не имело законодательного закрепления право профсоюзов на заключение коллективных договоров. Тем не менее, возникнув первоначально в Англии в начале XIX века, а затем в США и ведущих промышленно развитых странах, коллективные договоры превратились в фактическое средство регулирования трудовых отношений. Коллективные договоры являлись компромиссным выходом сторон из конфликтной ситуации. Их заключению, как правило, предшествовала активная стачечная борьба работников за повышение заработной платы и улучшение условий труда. Под давлением мощного рабочего движения большинство западных стран были вынуждены признать права трудящихся на коллективные договоры: Германия – в 1918г., Франция, Австрия – в 1919г., Швеция – в 1928г.

Право профсоюзов на заключение коллективных договоров нашло закрепление в конституциях ряда стран (Франция, Япония, Испания, Италия). В США по Закону Вагнера 1935г. (с поправками Закона Тафта-Хартли 1947г.) рабочие имеют право вести коллективные переговоры через представителей по своему собственному выбору и включаться в другие виды совместной деятельности с целью провести коллективные переговоры или определить иной вид взаимной помощи или защиты. Таким образом, в законодательстве большинства промышленно развитых стран накануне Второй мировой войны сложилась базовая основа трех профсоюзных прав: на ассоциацию; на коллективный договор; на законные забастовки. Не случайно первая половина XX века стала апогеем профсоюзного движения. 1940-е -1950-е годы характеризуются огромным политическим авторитетом профсоюзов во многих европейских странах и США.

Однако в 1960-е годы влияние профсоюзов начало снижаться. Работодатели часто предпринимали попытки блокировать действия по созданию новых профсоюзов. Многие консервативные экономисты и предприниматели считают профсоюз помехой для развития экономики. Их неприятие вызывает то, что профсоюзы часто ограничивают менеджеров в принятии решений. Кроме того, профсоюзы выступают за увеличение заработной платы и иных льгот сотрудников компаний, что неизбежно повышает производственные издержки.

Несмотря на отдельные проявления современного кризиса профсоюзного движения, этот общественный институт должен выйти на качественно новый этап развития в соответствии с изменившейся исторической ситуацией. Стремительная глобализация экономики в конце XX начале XXI века приведшая к обострению социальных проблем поставила профсоюзы перед необходимостью заняться поисками принципиально иных форм и методов работы, которые наиболее полно отвечали бы новым историческим условиям.

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран под ред. Крашенинниковой Н.А., т.2.М.,2008,с.95

² Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права. Т.2.М.1999,стр.471

³ Сенников Н.М., Стремюхов А.В. Профсоюзное право. М.,2005, стр.285-286

⁴ Попов А.А. США: государство и профсоюзы. М.,1974, стр.11-12

⁵ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран под ред. Крашенинниковой Н.А.,т.2.М.,2008,стр.229

⁶ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран под ред. Крашенинниковой Н.А.,т.2. М.,2008, стр.235

⁷ Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права. Т.2. М.,1999,стр.471

МОДЕРНИЗАЦИЯ ПОЛИТИЧЕСКОЙ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

ШЕШУКОВА Г.В.,

д.п.н., к.ф.н., профессор кафедры общегуманитарных, социально-экономических, математических и естественно-научных дисциплин,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

ligaoren@rambler.ru

***Ключевые слова:** политическая система, политические организации, модернизация, системный анализ, политические партии, демократия, политическая конкуренция, судебная и правоохранительная системы.*

Модернизация политической системы в России является в настоящее время дискуссионной темой, как для научного сообщества, так и для политической элиты России. План Д.А. Медведева по реформированию политической системы РФ является составной частью программы модернизации в стране. В статье рассматриваются основные направления модернизации политической системы РФ в соответствии с Программой Президента РФ.

***Key words:** political system, political organization, political party, political competition, democracy, legal system, system analysis, modernization.*

At present time modernization of the political system in Russian being with discussion subject, as for scientific community the same for political elite. The plan of D. Medvedev by the reform of the political system RF being with the component of the program of modernization country. In the article has been

considering the main directions of the modernization of political system RF according to of the Program of President RF.

Существуют различные теоретические подходы к определению политической системы. Выделим два из них. Один **институциональный**, который рассматривает политическую систему, как совокупность политических организаций, реализующих власть в обществе (это государство, партии, общественно-политические объединения и ассоциации и их взаимодействие.)

Второй подход - **системный 1** (Т. Парсонс, Г. Алмонд, Д. Истон) В рамках этого подхода политическая система, по существу, мыслительный конструкт, который позволяет описывать **системные свойства** любых политических субъектов: государства, партии, региональной и муниципальной власти, т.е. постоянное взаимодействие субъектов политики с окружающей средой. Окружающей средой для государства является, прежде всего общество, другие государства, международные организации, а, кроме этого, экологическая и биологическая системы.

Общее между двумя этими подходами в том, что они раскрывают механизм взаимодействия государства и общества.

Термин **модернизация** - дискуссионный. Рассмотрим его как совокупность различного рода экономических, политических и психологических преобразований на пути приобщения к системе современных обществ. Проще говоря, в этом понимании мы говорим о догоняющем развитии страны. И, если техническая и экономическая модернизация России ставится некоторыми политиками под сомнение в условиях продолжающегося мирового экономического кризиса, то в отношении модернизации политической системы возражений меньше. Но они есть.

Статья Д.А. Медведева «Вперед Россия», опубликованная 10 сентября 2009г. года и его же выступление перед участниками дискуссионного клуба «Валдай» в Ярославле 15 сентября, 2010г. посвященное теме: «Современное государство и глобальная безопасность», предложения по реформированию политической системы, выдвинутые Медведевым в Послании Федеральному собранию РФ в 2009г., и, наконец, выступление Д.А.

Медведева на заседании Госсовета 22 января 2010г - эти 4 документа, по-существу, на мой взгляд, представляют собой

«План Медведева» по модернизации политической системы на ближайшие годы.

И если **План Путина** был представлен в докризисный период, то **План Медведева** в период выхода России из кризиса.

Что привлекает в Плане Д.А.Медведева и что настораживает в нем?

Привлекает приглашение к дискуссии не только сторонников, но и противников идей, высказанных в этих документах, тех, кто искренне заинтересован в изменении ситуации в России к лучшему. Это развитие идеи о дебатах между партиями. В начале февраля 2010г. Институт современного развития (ИНСОР), в котором президент Медведев является председателем попечительского совета, предпринял попытку детализации программы модернизации и выпустил труд под названием «Россия XXI века: образ желаемого завтра». Главный вывод этого доклада, вокруг которого и разгорелся спор, заключается в том, что экономическая модернизация в России невозможна без демократизации всей политической системы, без свободных выборов, без судебной реформы, реформы армии, правоохранительных органов. Одним словом, модернизация экономическая невозможна без модернизации политической.

Важно, что в условиях мирового кризиса Д.А. Медведев не акцентировал внимание только на проблемах **экономической модернизации**, а достаточно серьезно поставил вопросы, которые нужно

решать в сфере политической, обосновал необходимость **реформы политической системы**. В Путинское десятилетие основное внимание было уделено формированию **вертикали власти**. В связи с этим в 2004 г. были отменены выборы региональных руководителей, внесены изменения в ФЗ «О политических партиях», которые осложняли процесс регистрации партий, повышен барьер прохождения партий в Думу с 5 % до 7 %.

Д.Медведев, даже в условиях кризиса, когда усиление роли государства оправданно, сместил акценты на **углубление демократизации**: на расширение **роли партий** в политической системе России, на развитии **гражданского общества**, на создании реальных условий для реализации таких политических свобод, как свобода слова и собраний. И ряд шагов в этом направлении Д.А. Медведев уже сделал: расширил участие партий в подборе кандидатов на посты региональных руководителей. Готовятся поправки (некоторые из них уже приняты) в избирательное законодательство. Поэтому предположение, что выступления Д.А. Медведева могут остаться просто декларацией и за ними не последуют никакие реальные шаги, на мой взгляд, беспочвенно. Идея модернизации страны пока еще не стала консолидированной позицией российского политического класса, идет борьба за то, чтобы добиться этого консенсуса, – к такому выводу приходят сегодня практически все политологи. У тех, кто по долгу службы "приватизировал" тему модернизации, довод один – народ к переменам не готов, он даже не понимает, кто должен заниматься возрождением и развитием страны. И это подтверждают социологические опросы. Как сообщил ВЦИОМ, по данным опроса, 2010г., почти 60 % россиян не знают, какие общественные силы могут стать "локомотивом" модернизации, а 23 % опрошенных считают, что таковых в России нет вообще, и только 5 % заявили, что этой силой может стать государство (то есть, те же чиновники). Тем не менее, говоря о конкретных путях модернизации, 33 % граждан посоветовали власти, прежде всего, заняться борьбой с коррупцией, 30 % – помочь малому и среднему бизнесу, 22 % –

развивать не сырьевые отрасли экономики, 17 % – поддерживать науку и образование. Фонд "Общественное мнение", проводя аналогичный опрос, пришел к выводу о том, что россияне довольно скептически относятся к лозунгам об очередной глобальной перестройке, и даже среди самого активного и состоятельного населения всего около трети респондентов верят в то, что эта "кампания по модернизации" даст положительные результаты.

Чем вызван такой массовый скепсис, объяснили социологи Левада-центра: граждане считают себя полностью исключенными из процесса модернизации. [1.]

Принципиально важно и то, что для успеха, как политической, так и экономической модернизации нужно укрепить российскую **судебную и правоохранительную систему**. Доверие к судебной и правоохранительной системам России у населения крайне низкое. По данным Левада-центра, 81 % россиян считает серьезной проблемой для России беззаконие и произвол правоохранительных органов. 60 % полагает, что и они сами, и их близкие могут пострадать от этого произвола. Но на вопрос: "Если вы станете жертвой произвола милиции, защитят ли вас суд, прокуратура?" утвердительно отвечают лишь 29 %, а 54 % в такую защиту по определению не верят. Эта ситуация и воспроизводит **низкую правовую культуру** россиян. Если нет доверия к суду, то многим кажется, что быстрее и эффективнее решать вопросы через взятки как чиновникам, так и представителям судебского сообщества. При этом прав Медведев, что нельзя выгнать всех судей и работников правоохранительных органов, набрать новых и задача будет решена. Такие радикальные меры вряд ли будут эффективны. Нужно менять правила игры, то есть правовые нормы, которые позволяют скорее решить вопрос через взятку, чем через строгое соблюдение норм Закона. Между тем, авторы нашумевшего доклада Института современного развития пошли дальше и предложили МВД вообще ликвидировать, а его правопреемником сделать **Федеральную службу криминальной полиции**. Вместо внутренних войск создать

Национальную гвардию, а в городах и селах - муниципальную милицию.

ГАИ предлагается тоже ликвидировать, а ее функции разделить между милицией разного уровня и гражданской службой дорожного движения. Президент Медведев предложил иной план реформирования МВД: в частности, предполагается сократить его численность к 2012 году на 20%. Начало положено: в 2010г в отставку отправлено 17 милицейских генералов, но главное, необходимо осуществлять одновременно реформу МВД и судебной системы. Потому что, если суды лишь санкционируют предварительные оценки МВД и не проводят независимого расследования, то это разворачивает сотрудников МВД. И никакая реформа ситуации не изменит. Но для этого нужны суды, которые будут, во-первых, независимы от исполнительной власти, причем независимы во всех отношениях - от процедуры назначения до системы обеспечения. Во-вторых, пользоваться уважением общества. А таковыми они будут только в том случае, если граждане, с одной стороны, будут видеть в деятельности судов, как непредвзятость, так и соответствие общественным представлениям о должном. В третьих, если граждане будут постоянно наблюдать, что при столкновении интересов человека и государственных структур суд не встает априорно на точку зрения последних, не судит преимущественно в пользу власти - равно как и любого другого представителя той или иной силы, от административной до денежной.

В противном случае, будет утверждаться представление о том, что судебная системы - это не арбитр в отношениях равноправных, а еще одна карательная дубинка власти. [2.]

Интересной представляется инициатива Д.А. Медведева по созданию Федерального закона **Об антикоррупционной экспертизе** законодательных актов, как уже принятых, так и находящихся в состоянии проектов.

Больше всего привлекает мысль Д.А. Медведева о том, что гражданское общество не купить за иностранные гранты, а гражданскую политическую культуру не создать в обществе через простое перенесение

образцов из тех стран, где она широко распространена. **Политические ценности формируются у людей очень медленно.** Нужны годы, причем благополучные, как в экономическом, так и социальном плане.

Но у России есть фактор сохранения стабильности - это **высокий уровень доверия населения в отношении как В.В. Путина, так и Д.А. Медведева.**

Единственное в чем трудно разделить оптимизм Д.А. Медведева, что с помощью судов и при широкой общественной поддержке удастся **полностью** очистить страну от коррупции, как это получилось у других стран. Это не получилось в других странах. Мы можем ставить задачу существенного снижения уровня коррупции. Но для решения этой задачи, мне кажется, не хватит и 3-х президентских сроков.

5 – 6 декабря 2009г. ВЦИОМ провел опрос населения РФ по оценке тех предложений, которые были высказаны Медведевым в Послании ФС РФ. Наибольшей популярностью у населения РФ имело предложение Д. Медведева об отчетах региональных лидеров перед местными парламентами – 57%, принятие Закона, гарантирующего равное освещение деятельности политических партий в СМИ - 55%, предоставление партиям равных возможностей для использования муниципальных зданий для проведения агитации - 49%, трансляция наиболее важных заседаний регионального парламента в режиме реального времени - 48%, заслушивание непарламентских партий на заседаниях парламента – 43%, установление проходного 5% барьера в законодательные органы власти регионов - 39%.

Итак, мы видим, что Медведев серьезное внимание уделяет региональным политическим системам. [2.]

Важнейшее направление модернизации политической системы – это повышение уровня политической конкуренции, в том числе межпартийной конкуренции, на федеральном, региональном и муниципальном уровне.

В выступлении на Госсовете 20 января 2010г. Д.А. Медведев, подчеркнул, что «в России нет ни одного региона, где все население

придерживалось бы одинаковых политических взглядов, руководители всех без исключения территорий обязаны взаимодействовать с отделениями всех партий, действующих в регионе, даже если эти партии и эти отделения малочисленны. В нашей области работает Общественно – политический совет при Губернаторе, в который входят руководители региональных отделениях всех партий зарегистрированных на федеральном уровне. Однако оставляет желать лучшего информированность населения о работе этого совета.

В выступлении на Госсовете Медведев фактически раскритиковал региональные парламенты, где в парламенте 1- 2 партийные фракции. В частности, президент усомнился, что работающие в Мосгордуме две фракции адекватно отражают весь спектр политических пристрастий жителей столицы. В нашем областном парламенте 4 фракции. Это объясняется, в частности, тем, что проходной барьер в наш парламент – 5%. Кроме того, выборы в ЗС в 2006г. проходили в условиях политической конкуренции, а смешанная избирательная система позволила 4 партиям сформировать свои фракции в парламенте Оренбургской области: это фракции «Единой России», КПРФ, ЛДПР, и «Патриотов России»

Президент подчеркнул: он не собирается "выписывать рецепты", число фракций в парламентах в конечном итоге определяют избиратели. "Но нужно понять, все ли мы с вами сделали для того, чтобы мнение избирателей было на самом деле услышано, не искажено и учтено в полном объеме, как того требуют принципы демократии", - отметил глава государства.

Дмитрий Медведев перечислил те меры, которые необходимо предпринять для совершенствования политической системы России. На данном этапе речь идет о совершенствовании демократических институтов на региональном уровне. **Во-первых**, необходимо оснастить все избирательные участки современными электронными средствами для голосования и подсчета голосов. **Во-вторых**, необходимо привести в порядок численность региональных законодательных собраний Количество

народных избранников должно хотя бы примерно соответствовать численности населения региона. У нас в области 47 депутатов ЗС, что вполне соответствует предложенным Медведевым критериям.

В-третьих, по мнению президента, партиям, за которые на региональных выборах проголосовали более 5% избирателей, должно быть гарантировано представительство в Заксобраниях регионов.

Глава государства попросил Госдуму и Совет Федерации оперативно принять все требуемые изменения в законодательство до конца весенней парламентской сессии, а руководителей регионов - при необходимости обеспечить внесение необходимых корректив в региональном законодательстве.

Но решить имеющиеся проблемы законодательно можно не всегда. Так, Медведев обратил внимание на непропорционально низкое представительство даже парламентских оппозиционных партий в муниципальных органах власти. "Такая ситуация просто удивительна, - считает президент. - Она говорит о том, что наши партии, прежде всего оппозиционные партии, очень слабо работают на муниципальном уровне и что реальная политическая конкуренция там практически отсутствует". Глава государства предложил подумать о том, как можно исправить это положение.

Выборы Главы и депутатов Тюльганского районного Совета Оренбургской области 14 февраля 2010 г. подтвердили эту особенность функционирования многопартийной системы РФ на муниципальном уровне. Только коммунистам удалось провести в районный Совет 3-х депутатов, 28 депутатов – партии «Единой России». Хотя в избирательной кампании в Тюльганском районе участвовали 4 партии. Кроме названных выше партий: ЛДПР и «Патриоты России:

Очевидно, что оппозиция не проявляет большой активности в работе с населением. Во всяком случае, невероятные усилия, предпринятые оппонентами ЕР после октябрьских 2009г. выборов, пока не меняют

расклада сил в их пользу. Мартовские выборы 2010г. несколько улучшили показатели оппозиционных партий, однако практически во всех регионах с большим отрывом по-прежнему лидирует партия власти.

Социологические опросы показывают, что думский демарш оппозиционных партий, встреча с Президентом РФ и проведение политического Госсовета не добавили им популярности. Опрос ВЦИОМа, проведенный 23 января 2010г, показал, что, по Российской Федерации, «Единая Россия» набирает - 53%, КПРФ – 8%, ЛДПР – 5%, «Справедливая Россия» – 4%.

Заместитель директора Института социальных систем Дмитрий Бадовский отметил, что оппозиционные политструктуры пользуются имеющимся у них статусом и ресурсом зарегистрированной партии. «Сейчас в России всего семь политорганizations, и нет никаких оснований полагать, что их число возрастет. Поэтому зарегистрированные политструктуры чувствуют, что они бессмертны, как и их несменяемые лидеры. Даже ничего, не делая, они могут получать какие-то проценты». Аналогичная ситуация складывается и в нашей области.

Рассмотрим рейтинги политических партий в Оренбургской области. Социологический центр "Общественное мнение" (СЦОМ) провел инициативный социологический опрос в 4-х районах г. Оренбурга. Опрос проводился 17-18 октября 2009г. Приводим данные по позициям активных избирателей.

Активными избирателями мы считаем тех респондентов, которые собираются принять личное участие в выборах городского Совета в октябре 2010г.

Рейтинг политических партий по активным избирателям в г. Оренбурге в %.

- Партия «Единая Россия» - 57 %
- Коммунистическая партия РФ - 11 %
- ЛДПР - 6 %

- Правое дело - 0, %
- Справедливая Россия - 4 %

Рейтинг Единой России в г. Оренбурге по активным избирателям повысился с 43% в сентябре 2007г. до 57% в октябре 2009.

Но при этом следует учесть, что рейтинг «Единой России» по населению города Оренбурга в целом на 9 % ниже, чем в РФ, и составляет 43%, рейтинг КПРФ – 11% , что на 4% выше, чем по РФ.

Позиции партии власти в сельских районах области лучше, чем в городах. Об этом свидетельствуют данные опроса, проведенного СЦОМ в Бузулукском районе. (Опрос был проведен в январе 2010г.)

Рейтинг политических партий по активным избирателям в Бузулукском районе на выборах в районный Совет в % [4.]

- Партия «Единая Россия» - 61
- Коммунистическая партия РФ - 11
- ЛДПР - 5
- Правое дело - 0
- Справедливая Россия - 2
- Патриоты России - 1

Особенное внимание Президент РФ уделяет развитию гражданского общества, как важного фактора модернизации политической системы РФ.

В связи с этим, можно было бы предложить В.В. Медведеву в качестве законодательной инициативы внести поправки в **ФЗ «Об Общественной палате»**. Эти поправки должны быть направлены на **расширение полномочий общественных объединений страны по формированию Общественной палаты**. Если одна треть членов палаты по-прежнему останется назначенцами Президента РФ, то остальные должны быть предложены самими некоммерческими общественными объединениями на конкурсной основе. Механизм этого конкурса нужно тщательно прописать в тексте Закона. Соответственно нужно внести

поправки и в региональные законы по формированию Общественных палат в субъектах РФ.

В итоге можно отметить, что ряд шагов в сторону модернизации политической системы РФ уже сделаны и сделаны по инициативе Д.А. Медведева. Вместе с тем – сохранение процедуры назначения губернаторов существенно ограничивает возможности развития политических систем регионального уровня.

Можно согласиться с известным в Оренбуржье политиком О. Наумовым, который в одной из телепередач сделал вывод о том, что нельзя хотя бы сколько-нибудь продвинуться вперед, шагая только одной ногой. Только реформируя одновременно и параллельно и экономику, и политическую, и социальную систему, можно добиться успехов. Модернизация отдельно взятых систем может дать успех лишь кратковременный и неизбежно будет обрушена отставанием других систем, не подвергнутых реформированию. Именно поэтому сегодня в России нужна комплексная модернизация. Надо развивать честную и справедливую конкуренцию в экономике и политической жизни, защищать частную и интеллектуальную собственность, имея неподкупных чиновников, свободные СМИ и независимый суд.

Ну и главное, никакая модернизация не сможет состояться, если не будет понята и поддержана народом. Ведь пути развития страны должны определять граждане сами, прежде всего на свободных и честных выборах.

Библиография

1. Два образа будущего//. Новая политика, 29.03.2010. lenta.ru
2. Реформа МВД невозможна без судебной реформы//Новая политика, 03.03.2010 lenta.ru
3. Примечание: Социологический центр "Общественное мнение" (СЦОМ) провел инициативный социологический опрос в 4-х районах г. Оренбурга. Опрос проводился 17-18 октября 2009г. В соответствии с квотной выборкой было опрошено 500 человек. Погрешность выборки в пределах нормы. Архив СЦОМ
4. Примечание: Социологический центр «Общественное мнение» провел социологический опрос населения Бузулукского района 9 – 10 января 2010г. Опрошено – 500 респондентов. Архив СЦОМ.

ВЛИЯНИЕ СРЕДСТВ МАССОВОЙ ИНФОРМАЦИИ НА ФОРМИРОВАНИЕ ЭСТЕТИЧЕСКИХ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ ЛИЧНОСТИ

ШИНКОВА С.С.,

к.ф.н., старший преподаватель кафедры общегуманитарных, социально-экономических, математических и естественнонаучных дисциплин,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532) 72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

e-mail: svetlanashine1@rambler.ru

Ключевые слова: эстетика, эстетическое сознание, эстетические ценности, эстетические категории, эстетическое отношение, СМИ, аксиология, социализация, инкультурация.

В статье представлены некоторые аспекты влияния СМИ на конструирование и трансформацию эстетических ценностей личности; проанализированы существующие концепции конструирования эстетического сознания в процессе психического развития человека; в числе прочих источников влияния на формирование эстетических представлений обозначена ведущая роль СМИ; выявлено, что подверженность прессингу СМИ зависима от возраста.

Key words: aesthetics, aesthetic consciousness, aesthetic values, aesthetic categories, the aesthetic attitude, mass media, axiology, sociality, inculturality.

In article it is described, that means mass media influence construction of aesthetic values of the person. Existing concepts of formation of aesthetic representations and theories of psychological development are analyzed. The role of mass media among other sources of influence, in formation of aesthetic representations is defined. Dependence of a level of influence of mass media on becoming representations about beauty from age of the person is traced.

Процессы трансформации в современном обществе, вызванные научно-техническим развитием, затрагивают все стороны жизни, что приводит к осознанию значимости особенностей развития сознания человека в этих условиях. В наше время огромное психологическое влияние на сознание и подсознание человека оказывают средства массовой информации (СМИ). Реальность, предлагаемая СМИ, опосредствована чьим-то мнением, она упрощена и не оставляет человеку возможности адекватно ее проанализировать. В некоторых случаях эта информация может быть опасна, так как человек принимает её готовой, не задумываясь, и ему легче окунуться в поток информации, чем критично её воспринимать.

Процесс формирования определенных эстетических представлений обуславливает не потребительское и эгоистическое, а гуманистическое отношение человека к жизни. Вопрос в том, в каких рамках и в каком направлении воздействуют СМИ, стимулируют ли они гуманистичность и ценностное восприятие мира, или, напротив, разрушающе действуют на человеческое сознание и деятельность, вырабатывая деструктивные эстетические представления о прекрасном и безобразном, о возвышенном и низменном, о трагическом и ужасном.

СМИ сегодня – это мощный фактор влияния на психическое состояние людей. За последнее десятилетие было поведено множество исследований по данному вопросу в совершенно различных сферах (печать, радио, телевидение, реклама, Интернет). Ведь отличительными чертами

СМИ являются публичность и неоднозначный, противоречивый характер самих СМИ, что стимулирует новый рост исследований. Помимо несомненных позитивных функций (информирование, расширение кругозора, развлечение) СМИ заставляют общество испытывать разноплановые, массированные, постоянно нарастающие негативные воздействия, особенно на молодое поколение.

Эстетические ценности, закономерности их возникновения, формирования и развития являются предметом изучения многих дисциплин: эстетики, аксиологии, гносеологии, различных областей психологии. В истории человеческой мысли в самом общем плане можно выделить две мировоззренческие позиции, объясняющие происхождение эстетических представлений. Первую условно можно определить как идеалистическую (распадающуюся в свою очередь на объективно-идеалистическую и субъективно-идеалистическую), а вторую – как социологизаторскую.

Исходной в осмыслении эстетического отношения человека к миру являлась объективно-идеалистическая концепция, представленная в трудах первых западноевропейских мыслителей – Платона, Аристотеля, развивающаяся во все последующие эпохи и активно разрабатывавшаяся в 20 веке в трудах Вильгельма Виндельбандта и Генриха Риккерта.

Согласно данной концепции, эстетическая шкала ценностей задана человеку изначально, она исходит либо от высшего идеального начала (Бог, Абсолют, Дух, Идея), создающего весь мир и самого человека с его сознанием, либо является первичной структурой мозга (если человек рассматривается рационально-реалистически как возникающий и развивающийся независимо от какого-либо идеального начала), конституирующей в процессе познания мира человеком картину мира. Чтобы нечто оценивать, человек должен располагать некоторым критерием оценок. Подобные оценки выносит так называемое «нормативное сознание», состоящее из априорных принципов. Согласно современной трактовке, в «нормативном» сознании существуют три основных области, позволяющие

человеку осуществлять ценностную ориентацию в мире: логическая, этическая и эстетическая. Соответственно, логическая область позволяет оценивать мир в категориях «истинное–ложное», этическая область – в категориях «благое–злое», эстетическая область – в категориях «прекрасное–безобразное».

Таким образом, самые главные категории эстетического остаются неизменными на протяжении человеческой жизни и одинаковы у всех людей. «Система норм... является вечной и неизменной, т.е. не историчной, и в этом смысле ее можно считать принадлежностью некоторого абстрактного субъекта познания вообще» [1].

Субъективно-идеалистическая концепция также берет свое начало из античного мира. Еще основатель софистической школы Древней Греции Протагор, вывел индивидуалистическую максиму: «Человек есть мера всех вещей», распространяя ее и на гносеологическую, и на этическую, и на эстетическую оценку человеком мира. Согласно данной позиции, эстетические представления человеком не детерминированы ни обществом, ни Богом-Демииургом. Единственная детерминанта, которая могла повлиять на ту или иную оценку, – это выгода, которую желает получить человек, утверждая или отрицая что-либо. Подобная позиция предполагает ценностную лабильность человека в течение жизни, неустойчивость его жизненной позиции, и в конечном итоге, его неспособность к установлению длительных социальных взаимоотношений и взаимодействий.

В ином ключе субъективно-идеалистическая концепция формирования эстетического отношения человека к миру разрабатывалась в 18 веке – в трудах Дж. Беркли и Д. Юма. Здесь преодолевается цинизм софистической школы, человек – есть существо воспринимающее, продуцирующее собственную реальность, которая целиком и полностью зависима от него самого. Соответственно и критерии эстетической оценки различны у всех людей, и не зависят от социальных контактов. Однако сам факт того, что эти контакты являются возможными, показывает, что

отдельные индивидуальные сознания включены в единый аксиологическо-герменевтический континуум. Существует некий интерпретационный механизм, позволяющий человеку взаимодействовать с другими людьми, адаптируя ценности других людей к собственной аксиологической шкале.

Социологизаторская концепция формирования эстетических ценностей оформляется в трудах представителей немецкого романтизма – Шиллера и Гёте, развивается Ф. Ницше, К. Марксом, а в 20 веке разрабатывается в трудах марксистов и фрейдомарксистов, а также в отечественной педагогике – в работах К.Д. Ушинского.

Современное общество, по терминологии Г. Маркузе, – это объединение «одномерных людей», которые стали таковыми в результате их глобальной отчужденности от общественных институтов, друг от друга, от самих себя. Человек отчужден от внутренних импульсов развития самого общества, которым он, якобы, управляет, на самом же деле управленческие политические и экономические организации давно стали рабами самостоятельно функционирующего общества потребления. Все это приводит к тому, что средства массовой информации с легкостью могут манипулировать общественным мнением, выдавая «частные интересы за интересы всех разумных людей», а соответственно и «политические потребности общества превращаются в индивидуальные потребности и устремления, а удовлетворение последних, в свою очередь, служит развитию бизнеса и общественному благополучию» [2]. СМИ – мощный фактор социального воздействия на сознание человека, вырабатывающее у него ложные потребности.

В описанном взаимодействии человека и общества, в связи с ситуацией аннигиляции репрессивной сублимации можно выделить и ряд положительных моментов. Во-первых, вырабатывается односторонне стимулируемая мотивация: человек желает то, что на данном уровне своего развития может ему предоставить общество. Это избавляет индивида от дополнительной психологической травмы, возникающей в результате

конфронтации между желаемым и возможностью практической реализации овладения желаемым объектом. Во-вторых, большинство членов социума строят свою жизнь в рамках заранее заданной аксиологической системы, что избавляет их от выработки в ходе критического осмысления действительности приемлемых им эстетических и нравственных ценностей. Это позволяет освободить свое мышление от дополнительных усилий и вкладывать нерастроченные энергетические ресурсы в санкционированную обществом деятельность.

Таким образом, в социологизаторской концепции художественно-эстетические феномены представлены как выражение социальных статусов (интересов, целей, представлений) социальных групп в системах экономических и политических отношений (обменов, коммуникаций, конфликтов), распространяющихся посредством СМИ.

В психологии проблема формирования эстетических представлений является малоизученной, и тем более не психологам трудно определиться с решающим влиянием того или иного социального фактора на развитие эстетического сознания личности. Так, например, в австрийской психологической школе (А. Мейнонг, Х. Эренфельс, И. Крейбиг) эстетические ценности понимаются как исключительно субъективный феномен. По Х. Эренфельсу, эстетическая ценность объекта определяется его желаемостью, которая, в свою очередь, определяется возможностью получения удовольствия. Иерархия ценностей, таким образом, выстраивается исходя из способности объектов приносить удовольствие либо неудовольствие.

Для большинства психологических теорий, которые можно отнести к «биологизаторским», эстетические ценности не являются научными, т.е. эмпирически верифицируемыми категориями. По словам Б. Скиннера, «ценностные суждения лишь там выходят на верный след, где этот след оставила наука. А когда мы научимся планировать и измерять мелкие социальные взаимодействия и другие явления культуры с такой же

точностью, какой мы располагаем в физической технологии, то вопрос о ценностях отпадет сам собой» [3]. Классический психоанализ З. Фрейда концентрирует внимание на внутренних биологических факторах развития личности, формирование идеалов у которой связано с развитием Суперэго (как одной из фундаментальных структур психики), обусловленного социальными факторами. Таким образом, в развитии представлений о личности в «биологизаторских» теориях выявляется определенная общая закономерность, которая заключается в постепенном принятии идеи о социальной обусловленности поведения человека и, соответственно, обращении к проблеме ценностных ориентаций.

Однако наибольшее значение ценностные ориентации личности имеют в гуманистической и экзистенциальной психологии. Центральным понятием теории личности К. Роджерса является «самость»: «организованная, подвижная, но последовательная концептуальная модель восприятия характеристик и взаимоотношений «Я», или самого себя, и вместе с тем система ценностей, применяемых к этому понятию» [4]. По его мнению, в структуру самости входят «непосредственно переживаемые организмом» и заимствованные, «интроецируемые» ценности, которые человеком ошибочно интерпретируются как собственные. Он полагает, что и внутренние и внешние ценности формируются или принимаются, если воспринимаются «физиологическим аппаратом» как способствующие сохранению и укреплению организма.

А. Маслоу справедливо отмечает, «здоровые люди наверняка делают «правильный выбор» в биологическом смысле, но также, вероятно, и в других смыслах» [5]. Выбор человеком высших ценностей предопределен самой его природой, а не божественным началом или чем-либо другим, находящимся за пределом человеческой сущности. При наличии свободного выбора человек сам инстинктивно выбирает истину, а не ложь, добро, а не зло, прекрасное, а не безобразное.

Анализ социальной опосредованности личностных отношений занимает важное место в отечественной психологии, поскольку личность не может рассматриваться в отрыве от социальной среды, общества. Еще Л.С. Выготский ввел в психологию понятие «социальная ситуация развития» [6]. Развитие личности, по Л.С. Выготскому, обусловлено освоением индивидом ценностей культуры, которое опосредовано процессом общения. По его словам, значения и смыслы, зарождаются в отношениях между людьми, в частности, в прямых социальных контактах ребенка со взрослыми, затем посредством интериоризации «вращиваются» в сознание человека. С.Л. Рубинштейн также пишет, что ценности производны от соотношения мира и человека, выражая то, что в мире, включая и то, что создает человек в процессе истории, значимо для человека [7]. Необходимо подчеркнуть, что социально-психологический подход к определению ценностей заключается не в рассмотрении ценностной системы общества как внешней по отношению к человеку, а в анализе социально обусловленного характера принятия ценностей личностью.

Современные психологи ведущей социологизирующей детерминантой считают все же СМИ, которые влияют не только, на сознание и мнение, но и на поведение людей. К техническому инструментарию СМИ относятся пресса, радио, телевидение, Интернет и реклама. В современных условиях доступ к СМИ – это необходимое условие формирования влияния.

Пресса приобрела особое место в системе СМИ. Вышедшая из-под печатного станка продукция несет информацию в виде буквенного текста, фотографий, рисунков, плакатов, схем, графиков и других изобразительно-графических форм, которые воспринимаются человеком без помощи каких-либо дополнительных средств. Это обстоятельство способствует проявлению ряда важных свойств взаимоотношений прессы и аудитории. Во-первых, имеется возможность быстрого, обзорного ознакомления со всеми сообщениями, включенными в номер или книгу. Во-вторых, можно пользоваться возможностями «отложенного чтения», после первичного

ознакомления оставить материал для внимательного и подробного прочтения в удобное время и в подходящем месте. При этом чтение текста и восприятие изобразительного печатного материала проходит в соответствии с желанием избирательно, в том порядке, темпе и ритме, которые устанавливает сам читатель. Он может обращаться к одному и тому же произведению несколько раз, хранить нужное. Все это определяет множество положительных сторон при контакте с печатными изданиями, что делает их на настоящий период незаменимыми и важными носителями массовой информации. Однако псевдо-возможность выбора – это один из многих эффектов воздействия СМИ [8]. Выбор человека, его эстетические предпочтения предопределены социальным и медийным пространством.

Вторым по времени появления средством массовой коммуникации является радиовещание. Наиболее характерной его чертой является то, что носителем информации в данном случае оказывается только звук (включая и паузы). Радиосвязь позволяет мгновенно передавать информацию на неограниченные расстояния, причем получение сигнала происходит в момент передачи. Отсюда возможность такой оперативности радиовещания, когда сообщение поступает практически в момент свершения события, чего невозможно в принципе добиться в прессе. Кроме того, радио очень популярно среди автолюбителей, поскольку нет возможности обращаться к печатным изданиям и телевидению.

Характерным для радио является невизуальность. На первый взгляд это недостаток радио, на самом же деле, составляя глубокую основу специфики радио, невизуальность позволяет реализовать возможности звука в такой мере, в какой не позволяет сделать это телевидение. Отсутствие видеоряда представляет слушателям радио две группы возможностей восприятия. Слушатели радио имеют возможность воспринимать звук более полно и глубоко, поскольку слушатель не отвлекается от звучащей речи, музыки, голосов жизни. Радио как бы отфильтровывает звук от всех других элементов ситуации, несущих при зрительном восприятии информацию,

часто ненужную и даже нежелательную. Но «монополия» звука, разумеется, ограничивает возможности для аудитории определить, как и кем создается звуковая картина.

Помимо этого, еще одна особенность радио – та, что отсутствие видеоряда позволяет слушателям проявить свои способности творческие способности «фантазирования» мысленного образа. Радиотеатр, радиомемуары, чтение художественных произведений и передача литературно-музыкальных композиций позволяют создавать с помощью музыки и текста свое видение персонажа, соответствующее личному характеру восприятия художественного произведения (хотя актер или ведущий некоторым образом задает рамки слушательской фантазии).

Телевидение вошло в жизнь в 30-х годах XX века. В дальнейшем оно развивалось опережающими темпами и по ряду параметров (событийная информация, культура, развлечение) выдвинулось на первое место.

На телевидении возможна организация оперативных передач как из студии, так и с места событий. Преимущества же такой оперативной передачи, идущей прямо в эфир с места события, в значительно большем, чем у радио, эффекте «присутствия», поскольку в органическом единстве находятся звуко- и видеоряд и задействованы оба важнейших типа рецепторов человека, что обеспечивает создание более прочных связей с аудиторией.

Телевидение стало одной из важных социальных потребностей человека. Ни одно из ныне действующих средств массовой коммуникации не может соревноваться с телевидением по величине и силе влияния на эстетическое сознание. И чем больше вес данного института в социальной общности, тем лучше прослеживаются основные функции телевидения: развлекательная, информативная (сообщения о фактах, значимых для данной общности), трансляционная (передача ценностей культуры), воспитательная (основанная на принятых установках) и т.д.

О. Маховская в книге «Телемания: болезнь или страсть?» выделяет ряд эффектов телевидения, оказывающих непосредственное воздействие на трансформацию эстетических представлений: 1. Эффект «ореола», заключающийся в том, что люди, достигшие определенного уровня популярности, становятся для человека абсолютными авторитетами, эстетическими идеалами, и, несмотря на позитивный или негативный характер их поведения, будут вызывать у зрителей интерес и восторг. 2. Эффект «глянца» – появившиеся в последнее время программы-трансформеры или программы-преображения внушают человеку, что «стать счастливым – значит, стать красивым», достаточно провести «эстетическую чистку»: привести себя в порядок, одеться «по моде», сделать макияж (для женщин), или трансформировать свой старый автомобиль (для мужчин). 3. Эффект «усиления интеллекта» – современный человек должен не только прекрасно выглядеть, просто красивая форма – это «пустышка», которая должна наполниться красивым содержанием – интеллектом. Развлекательные «интеллектуальные шоу», тренируя пассивные познавательные процессы (память и внимание), позволяют человеку почувствовать себя гением, раз за разом снижая планку, приводя к снижению интеллектуального уровня и критического отношения к себе. 4. Эффект «удлинения жизни» – пережитая вместе с героями фильма жизнь незнакомых людей может показаться привлекательнее и веселее своей собственной, в силу того, что телевизионное время сконцентрировано и жизнь героев наполнена множеством невероятных событий. 5. Эффект «трэша» – изначально телевидение показывало приукрашенную действительность и таким образом, несло в себе высокую норму внешней красоты, но в условиях нарастающей конкуренции, произошла гонка за новыми форматами, и на телевидении огромную популярность стали набирать безвкусные неэстетичные программы и люди. Причину этого О. Маховская видит в скуке обыденной жизни людей, или в невозможности или нежелании найти интерес в собственной жизни. 6. Эффект «навязывания сценариев и стереотипов» –

заключается в том, что у человека срабатывает механизм идентификации с героями программ, если зритель чувствует сходство, он не только внутренне «проживает» с персонажем его жизнь, но и может подражать ему в реальности. Кроме того, телевидение навязывает не только сценарии поведения, но и сценарии переживания. Подобные стереотипы – позитивные или негативные – стирают человеческую индивидуальность [9].

В наше время человек отдает много сил работе, переполненный городской транспорт изнуряет его, поэтому, придя домой, он, несомненно, стремится расслабиться и отдохнуть. Следует упомянуть, в каком психическом состоянии человек усаживается перед телевизором. Зафиксировано, что наибольшую долю преступлений составляют те, которые были совершены в домашних условиях. Различные ссоры, стрессы, неудовлетворенность жизнью, приводят к подавленности, истерии. Возбужденный человек, оказываясь в домашних условиях, выплескивает свою злобу на близких, в то время, как сидя перед телевизором, резко приходит в торможение, т.е. в состояние повышенной внушаемости.

Таким образом, человек, смотрящий телевизор, глубже воспринимает информацию, острее испытывает чувство радости или страха, его психика может находиться в большей мере торможения или возбуждения. Чем больше человек изматывается за день, тем больше степень усталости нервной системы. И в процессе отдыха вместе с расслаблением тела, расслабляется и нервная система или, говоря другими словами, тормозится возбуждение центров управления психикой.

Не имея обратной связи, человек представляет собой приемник идей. Анонимность человека, находящегося перед телеэкраном, позволяют ему в той или иной мере удовлетворять свои низменные чувства (злобу, похоть и т.д.). Наслаждаясь картинками убийства, насилия, пошлости, в одиночестве, он не чувствует упреков со стороны, пребывая в угаре страстей и вожделений. Бессознательно, в состоянии гипноза, человек добровольно передает телевидению управление своими психическими процессами.

Каждый человек индивидуален, по-своему существует в обществе, в семье, личной жизни, у него есть свои цели, идеи, принципы и симпатии. Общаясь со всем миром через телевизор, он находит для себя будто бы нечто ценное, в том числе и идеал своего существования. У одних это суперлюди, смелые полицейские или гангстеры из американских детективов, у других – политические, общественные деятели, у третьих – знаменитые киноактёры, модельеры, спортсмены и т.п. Своему идеалу человек полностью доверяет, беспрекословно верит в его слова и действия, и начинает следовать его принципам. Такое влияние идеала с экрана телевизора оказывает огромное внушительное действие (вводя человека в некое гипнотическое состояние) [10].

Чтобы заинтересовать человека и обратить его внимание на экран, используются следующие эффекты: а) создание яркого видеоряда с целью образования определенного светового ощущения, и чем оно сильнее, тем сильнее к нему приковывается и внимание человека; б) такое же замечание следует отнести и к звуковым эффектам; в) новизна и необычность также привлекает к экрану человека, потому что по закону движения и устремления психических процессов монотонность вызывает отвращение; г) показ крупным планом лица человека является особо действенным фактором гипнотизации, потому что, смотря на человеческое лицо, телезритель сразу проникается к нему симпатией или отвращением (что мы и замечаем в повседневном человеческом общении), и, следовательно, глядя на симпатичное, располагающее лицо, он невольно остановит свое внимание на телеэкране.

В медицинской практике гипнотизирования применяют эффекты быстрой вспышки, громкого звука, после которых резкое возбуждение нервной системы быстро сменяется торможением. Этот метод можно наблюдать в различных рекламных и программных заставках, а также в теле- и кинофильмах.

Прерывание фильмов на самом трагическом месте побуждает телезрителей с нетерпением ждать следующей серии, что делает человека заинтересованным и, вследствие этого, открытым для нового сеанса внушения.

Видео-компьютерные спецэффекты влекут к себе непросвещенного обывателя своей фантастической гармонией образов и звуков. Они мгновенно вторгаются в психику, вызывая ее частичное разрушение с целью внушения или изменения психических процессов.

Несомненная роль в телевизионном внушении принадлежит тщательному планированию передач. Психика не может постоянно быть напряженной или заторможенной, обязательно в ближайшем времени происходит изменение состояния. Так и передачи, следующие одна за другой, не могут быть одинаковыми по идее и настроению. Обязательно одна будет серьезная, а затем – легкая и веселая.

Телевизионная съемка и последующий искусный монтаж могут создать идеальное событие, идеального человека, идеальное государство, и наоборот, т.е. можно обратить правду в ложь, ложь в правду.

В итоге мы видим, что общество слепо подвергается телевизионному внушению СМИ.

Еще одна из значимых составляющих СМИ – Интернет.

Интернет имеет такие уникальные характеристики как глобальность (предоставляет немедленный доступ к информации со всего мира), децентрализованность (отсутствие контроля, который существует в других электронных СМИ), несвязанность географическим расположением (дает возможность обнародовать информацию вне контроля правительств, монополий или олигополий), открытость (имеет низкие барьеры к доступу, низкую стоимость создания и распространения информации), безграничность (имеет неограниченную возможность держать информацию), интерактивность (предлагает диалогическое и полилогическое общение), инфраструктурная независимость (не связана ни с одной инфраструктурой,

кроме телефонной системы), подконтрольность пользователю (пользователь может контролировать, какая информация достигает его компьютера и какая информация выходит из его компьютера) [11].

Сегодня Интернет, безусловно, несет в себе оттенки всех трех главных функций СМИ – коммуникативной, информационной и производственной. И его влияние на формирование эстетического сознания сходно с влиянием телевидения.

Важным инструментом формирования эстетических представлений является реклама. Реклама – оповещение различными способами для создания широкой известности чему-нибудь с целью привлечения потребителей, зрителей [12]. Реклама достигнет цели лишь в том случае, если при её создании учитываются особенности человеческой психики. Реклама внедряет в сознание людей образ, который в дальнейшем становится стереотипом, через который легче воздействовать на потребителей. Творческие подходы могут быть разными. СМИ используют в рекламе такие глубинные мотивы влияния, как: потребность в чувстве уверенности и надёжности, потребность в самоудовлетворении, потребность в творчестве, потребность в любви, потребность в силе, потребность в системе координат, потребность в преодолении ограниченности собственного существования [13]. Человеческий идеал – это сильная, уверенная в себе личность, любящая и любимая, обладающая здоровьем, материальным благосостоянием, окруженная красивыми людьми и живущая вечно (портрет супергероя).

Кроме того, в рекламе учитываются и механизмы работы мозга, в частности, такой механизм, согласно которому, чем сильнее эмоция, тем важнее событие. Второй эмоциональный закон заключается в том, что в абсолютном большинстве случаев поведение человека организуется по принципу: поиск приятного, избегание неприятного [14].

В подобных условиях тотального манипулирования и подавления индивидуальности, человек вынужден создавать конфигурацию между прекрасным и безобразным, нормой и патологией и эстетизировать то

культурное пространство, в котором обитает. И конечно, во многом процессы эстетизации детерминированы средствами массовой информации.

Возможность осознания у людей своей зависимости возникнет тогда, «если ими овладеет потребность в изменении своего образа жизни, отрицании позитивного, отказе – потребность, которую существующее общество сумело подавить постольку, поскольку оно способно «предоставлять блага» во все большем масштабе и использовать научное покорение природы для научного порабощения человека» [15].

Но если социум оказывает репрессивное воздействие на составляющих его членов, через СМИ полностью подчиняя внутренним принципам своего существования и развития жизнь каждого индивида, то для коренных преобразований требуется воздействие на общество изнутри. Необходимо осознание каждым человеком необходимости в построении новой антропологической теории как возможного способа его существования. Потребность в осознании необходимости свободы для человека повлечет за собой новые потребности, в частности, пересмотр существующей аксиологической системы. Преодоление социально-культурного отчуждения возможно лишь через, по терминологии Г. Маркузе, «Великий Отказ», тотальную негацию от господствующих ценностей и норм, от всех традиционных табу, то есть проведение так называемой «культурной революции», должна вестись работа по созданию все новых и новых эстетических идеалов и ценностей.

Для иллюстрации степени влияния СМИ на эстетические ценности личности, мы провели исследование. В качестве испытуемых в нем выступали студенты 2-го курса высших учебных заведений в возрасте от 18 до 20 лет. Количество испытуемых – 50 человек, из них 30 – женщин, 20 – мужчин.

Возрастной период 18-20 лет, согласно возрастной периодизации Э. Эриксона и Ф. Райса, можно отнести к подростковому и юношескому возрасту. Юность – возраст специфической эмоциональной сенситивности. В

эти годы не только переживаются предметные чувства (направленные на определенные события, явления, лица), но и формируются чувства обобщенные (чувство прекрасного, чувство трагического, чувство юмора и т.д.). Эти чувства выражают уже относительно устойчивые мировоззренческие установки личности [16]. Одним из существенных моментов становится формирование чувства мужской и женской взрослости.

У юношей возникновение оценочных суждений определяется собственным идеалом. Оценочные суждения нацелены на нахождение ответа на вопрос, каков он в глазах окружающих, насколько он отличается от них и насколько близок к своему идеалу [17]. В этот возрастной период другой человек начинает занимать в жизни юноши особое место, так как посредством восприятия и понимания другого он приходит к пониманию себя. При восприятии другого человека вначале выделяются чисто внешние, физические характеристики, затем качества, связанные с выполнением каких-либо видов деятельности, и, наконец, личностные качества, более скрытые свойства внутреннего мира.

Согласно исследованиям В.Н. Куницыной, в этом возрасте в образе воспринимаемого человека главными являются физические особенности, элементы облика, одежда, прическа и выразительное поведение. С развитием – в облике человека начинают отмечаться его своеобразие, индивидуальность и неповторимость [18].

В.Н. Куницына отмечает, что в подростковом и юношеском возрасте восприятие других людей может быть обусловлено как объективными, так и субъективными факторами: характером эмоционального отношения к воспринимаемому человеку, степенью развития познавательных способностей, умственным развитием, эмоционально-психическим состоянием и прошлым опытом. Установка воспринимать других людей определенным образом может быть обусловлена также индивидуальными особенностями юноши, влиянием на него группового мнения и сложившихся в обществе стереотипов. В свою очередь формирование группового мнения и

социальных стереотипов детерминируется СМИ. Поэтому целью нашего эксперимента было подтвердить, что чувственно-сенситивные визуализированные образы, предлагаемые современными СМИ, непосредственно влияют на формирование идеалов красоты современных юношей.

Для выявления влияния СМИ на формирование идеалов красоты в подростково-юношеском возрасте использовались эмпирические методы исследования: опрос и анкетирование.

Первый этап эксперимента состоял в проведении опроса, в котором испытуемым предлагалось раскрыть свое представление о следующих понятиях:

1. Красивая женщина
2. Красивый мужчина
3. Красивые отношения между мужчиной и женщиной
4. Красивая жизнь.

Испытуемым предлагалось поразмышлять над семантической наполненностью данных понятий и изложить результаты своих размышлений в письменной форме.

Второй этап эксперимента заключался в проведении анкетирования с целью выявления тех средств массовой информации, которые могли обусловить содержательное определение предложенных понятий. Анкета состояла как из закрытых, так и из открытых вопросов.

Предполагалось подтвердить гипотезу, состоящую в том, что СМИ являются мощным инструментом воздействия на эстетическое сознание, в частности, на представления о красоте.

Выводы по результатам исследования следующие. Основным информационным полем данной группы испытуемых служат Интернет и радио, в силу специфики их деятельности: студенты дневного отделения проводят большую часть времени (с 9.00 до 16.00) в стенах учебного заведения (в перерывах между занятиями, а иногда и на самих занятиях

студенты просматривают газеты и журналы), около часа занимает дорога (сопровождая радиопередачами); значительную часть свободного от занятий время они занимаются подготовкой к ним, осуществляя поиск нужной информации в Интернете. Поэтому, казалось бы, влиянию телевидения как одному из мощных визуальных механизмов СМИ, студенты подвержены в меньшей степени. С утра есть время только на прослушивание новостей из работающего фоном телевизора, а вечером находится немного времени на просмотр очередной серии какого-нибудь сериала – романтически-юмористического (у женщин), либо детективного (у мужчин) характера. В выходные испытуемые смотрят телевизионные передачи в гораздо большем объеме. Но даже исходя из анализа будничной информационной атмосферы испытуемых можно сказать, что их телевизионные пристрастия во многом накладывают отпечаток на их эстетические представления.

Исходя из анализа данных, можно сразу заметить дифференциацию в определении эстетических идеалов у испытуемых по половому признаку. Однако видна общая детерминанта, стимулирующая выработку подобных различных оценочных суждений.

1. Если обратить внимание на выбор испытуемыми любимого телеведущего, то можно увидеть источник их стереотипных представлений о мужской красоте: у женщин – А. Малахов и И. Ургант (описание: высокий, мускулистый, опрятный), у мужчин – наиболее часто упоминаемый мужской идеал – И. Ургант (описание: высокий, атлетичный, с короткой стрижкой)

Источником стереотипных черт мужского характера может служить медийное лицо, наблюдаемое испытуемыми в новостных программах, которое они обозначили в качестве авторитетного общественно-политического деятеля. В частности, по частоте упоминаний первое место занимает В.В. Путин. Женщины соотносят с его фигурой такие черты мужского характера, как сила, ум, ответственность. Мужчины вместо ответственности к силе и уму добавляют решительность.

2. Любимая телеведущая как источник стереотипных представлений о женской красоте – А.Чехова. Женщины уделяют внимание таким фенотипическим данным как выразительные глаза, пропорциональная фигура, длинные волосы, модная одежда. Мужчины же описывают женский идеал следующим образом: молодая, сексуальная, красивая, ухоженная.

Однако, что касается черт характера, как неизменных составляющих женской красоты, здесь мнения мужчин и женщин разделились. Если женщины видят себя интеллектуальными, образованными, воспитанными и добрыми, то мужчины главными для красивой женщины качествами считают верность, преданность, надежность, хозяйственность.

У женщин подобное видение может быть инспирировано тенденциями феминизации, не исчезающими со страниц женских журналов: «если ты образована и умна, ты непременно добьешься успеха, независимости и признания», «умная женщина может стать красивой, а красивая женщина, если глупа, быстро потеряет свою красоту», «мужчины любят независимых женщин», да и мужчины стимулируют стремление женщин к самореализации, жалуясь на их корысть: «С какой бы женщиной я не знакомился, она сразу же смотрит на мою материальную обеспеченность». Поэтому в сознании современных молодых девушек перманентно проводится мысль: лучше добиться всего самой, и никогда не оказываться в униженном положении просящего. Да и потом, чтобы привлечь на себя внимание достойных мужчин, необходимо еще соответствующе выглядеть, а это требует значительных материальных затрат, в свою очередь эта потребность побуждает женщину к совершению определенных действий. А финансово успешные действия может осуществлять только умная женщина.

У мужчин иные характерологические требования к красивой женщине – она должна быть верной, надежной и преданной. Возможно, здесь срабатывает инстинкт самозащиты, как реакция в ответ на наблюдаемую ими в экранах телевизоров свободу нравов. СМИ создают установку на беспорядочные и множественные отношения между мужчинами и

женщинами как основу «продвинутой» и современности молодежи. Подобную антогонистическую реакцию у мужчин можно охарактеризовать уже не как прямое, а как косвенное, опосредованное влияние СМИ.

3. Представление о красивых отношениях и жизни у женщин можно определить как метафизичное: любящий ответственный делающий карьеру муж, уважительно и трепетно относящийся к ней и детям. У испытуемых мужчин – конкретно-потребительское фрагментарное представление о красивой жизни и отношениях: рядом с собой мужчина видит красивую и верную женщину, способную родить ему детей, и ничего от него не требовать, и непременно, жена и дети должны жить в квартире, по выходным выезжать за город на красивой машине. Так должно быть, а о том, откуда должна взяться финансовая составляющая данной картины, испытуемые умалчивают. Возможно, подобная ситуация определяется возрастом испытуемых, они еще не способны четко и определенно спроектировать конкретные шаги в достижении своего идеала.

4. Наконец, анализ проводился и по еще одному эстетическому параметру – отношению к ужасному как противоположности прекрасному. Половина испытуемых женщин оценили сцены насилия как лично неприемлемые, употребив эмоциональную характеристику – «раздражает». Другая половина испытуемых женщин и большинство испытуемых мужчин отметили, что сцены насилия они переносят без всякого отвращения, абсолютно не идентифицируя себя с людьми, испытывающими боль на экране. Здесь можно наблюдать еще один «медийный эффект» [19] – «прививку» аудитории чувства равнодушия, безразличности к жертвам насилия, снижение порога чувствительности по отношению к проявлению насилия в реальной жизни.

5. Примечателен тот факт, что испытуемые абсолютно уверены в том, что их выбор «товара» в самом широком смысле (целей, интересов, желаний, идеалов) обусловлен целиком и полностью ими самими, что никакая реклама и не какие воздействия не могут детерминировать их решение. Это один из

самых ярких эффектов СМИ, о котором было сказано выше, – эффект «личного выбора», или эффект «свободы». На самом деле, человек желает то, что он должен и может желать, в рамках заранее заданной СМИ системы координат. Но то, что испытуемые не осознают этого факта, говорит о низком уровне развития их критического мышления.

Таким образом, наша гипотеза подтвердилась – СМИ действительно являются мощным инструментом воздействия на сознание человека, в том числе активно, комплексно, когерентно участвуют в формировании эстетических представлений личности. Особенно подобное влияние СМИ заметно в подростково-юношеском возрасте, когда теряется актуальность отношений с родителями, учителями, а первостепенную значимость приобретают иные социализирующие источники, стимулирующие эстетическое самоопределение.

Безусловно, СМИ обладают и психотерапевтическими эффектами. Например, создают иллюзию общения, спасают от одиночества. Порою СМИ просто помогают выжить психологически, позволяя человеку испытывать катарсис, очищение. Однако список негативных эффектов гораздо длиннее. И в этой ситуации информационного прессинга в котором люди вынуждены жить, есть лишь один выход – постоянное осознание, осмысление человеком самого себя, выработка критичности мышления.

Библиография

1. Гриненко Г.В. История философии. – М., 2005. – С. 471.
2. Маркузе Г. Эрос и цивилизация. Одномерный человек: Исследование идеологии развитого индустриального общества. – М., 2002. – С. 255.
3. Цит. по: Психология личности: словарь-справочник / Под ред. Горностаев П., Титаренко Т. – К.: "Рута", 2001. – С. 126.
4. Там же. – С. 215.
5. Маслоу А. На подступах к психологии бытия / Под ред. В. Данченко. – К.: PSYLIB, 2003. – С. 234.
6. См.: Выготский Л.С. Мышление и речь. – Собр. соч.: В 6 т. Т. 2. – М., 1982.
7. См.: Рубинштейн С.Л. Проблемы общей психологии. – М., 1973.
8. См.: Шиллер Г. Манипуляторы сознанием. – М., 1980.
9. См.: Маховская О.И. Телемания: болезнь или страсть. – М., Вильямс, 2007.
10. Gates B. The road ahead. Viking, 1995//Document HTML.URL: <http://www.roadahead.com/>
11. O. Egger, Prof. Dr. M. Rauterberg "Internet Behavior and Addiction". – NY, 1996.

12. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М., 1989. – С.551.
13. Хромов Л.Н. Рекламная деятельность: искусство, теория, практика. – Петрозаводск: АО “Фолиум”, 1994.
14. См.: Цнев В. Психология рекламы. – М., 1996.
15. Маркузе Г. Эрос и цивилизация. Одномерный человек: Исследование идеологии развитого индустриального общества. – М: ООО "Издательство АСТ", 2002. - 526, [2] с.- (Philosophy). – С. 260.
16. См.: Якобсон П.М. Чувства, их развитие и воспитание. – М., 1976.
17. Психология человека от рождения до смерти. Психологический атлас человека / Под ред. А.А. Реана. – СПб, 2007. – С. 361.
18. Куницына В.Н. Восприятие подростком другого человека и самого себя: Автореф. дис. канд. психол. наук. – Л., 1968.
19. См.: Федоров А.В. Критический анализ медиатекста, содержащего сцены насилия. – Медиаобразование. – 2007. – № 4.

К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ ПРАВА И ЗАКОНА

ЯРЫГИНА Ю.В.,

*к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** право, закон, юридический позитивизм, легизм, правопонимание, естественное право, правообразование, законотворчество, правовой закон.*

Актуальность исследования соотношения права и закона способствует дальнейшему углублению правопонимания, новых подходов к определению понятия права и совершенствованию законодательства. Освещение различных концепций правопонимания на разных этапах истории юридической науки, конкретизирует и дополняет характеристику права как сложного социального явления.

***Key Words:** right, law, juridical positivism, legalism, law comprehension, natural law, law initiation, lawmaking, enactment.*

The analysis of interrelationship between rights and laws, presented in this article, contributes to further enhancement of law comprehension and legislative development. Recital of various concepts of law comprehension at different historical stages of legal science substantiates and complements the characterization of law as a complicated social phenomenon.

Выяснение подлинного смысла и места права в динамическом процессе общественной жизни, его статуса, является необходимой предпосылкой гносеологических и аксиологических трактовок права, адекватного анализа его функциональных и ценностных характеристик, специфики его роли и назначения в системе социальных норм, отношений и связей, складывающихся в определенном обществе.

Анализ социальной природы и специфики права является вместе с тем необходимым предварительным условием сознательной и адекватной (обстоятельствам, тенденциям и закономерностям реальной действительности) социальной активности людей, их правильной ориентации в системе сложившихся отношений, их борьбы за социальный и политический прогресс, за новые общественные, политические и правовые отношения, нормы и институты.

Специфика и социальная ценность права связаны с его особым местом и ролью в системе надстроечных явлений, его своеобразным положением среди иных социальных норм (политических, моральных, религиозных, эстетических и т.д.). Все эти надстроечные явления имеют сложную структуру, поскольку все они представляют собой одновременно и специфическую форму общественного сознания, и своеобразную форму общественных отношений и связей, и особый вид социальной регуляции, нормативности и т.д.

Одним из теоретически и практически важных аспектов изучения права как специфического социального феномена является уяснение его соотношения с законом (законодательством). В основе всякого теоретического и практического подхода к правовым явлениям лежит определенная концепция права, то или иное понимание того, что есть право и закон, каковы их взаимосвязи и т. п., словом - определенный тип правопонимания. Поэтому, исходный тип правопонимания существенным образом сказывается на всем

последующем правовом исследовании в целом - его целях, направлениях, смысле, содержании, приемах, методике и т.п.

История правовых учений за последние полтора века развивалась под заметным влиянием двух типов правопонимания: 1) юридико-позитивистского подхода к праву, принципиально отрицающего не только естественное право, но и вообще всякое различие права и позитивного законодательства (государственного правотворчества), и 2) различных антипозитивистских и непозитивистских подходов к праву по преимуществу философско-правового характера (гегельянского, кантианского, томистского, экзистенциалистского, феноменологического, антропологического и т. д. толка), проводящих то или иное различие между правом и законодательством и нередко апеллирующих к идеям естественного права.

По существу дела исходный смысл проблемы соотношения права и закона можно обозначить в виде постановке вопроса о различии или неразличии права и закона как разных феноменов или понятий. Положительный или отрицательный ответ, по сути дела, и проводит принципиальную грань между концепциями двух противоположных типов правопонимания. Поскольку концепции первого типа признают лишь закон (законодательство), а вторые теории развивают ту или иную версию приоритета права перед законом, эти противоположные концепции можно соответственно обозначить условно как «легистские» (от *lex* - закон) и «юридические» (от *jus* - право).

Представляется, что различие права и закона - необходимый момент любого теоретического подхода к правовым явлениям, предполагающего различение сущности (что есть право в его сущности и необходимости) и явления (что в данных условиях дано как право, т.е. считается законом, «положительным правом») и выяснение их соотношения (представляет ли данное явление именно эту сущность, или оно есть явление другой сущности, лишь маскирующееся соответствующим престижным наименованием).

Многолико и разнообразно содержание понятие «естественное» применительно к праву у разных авторов. Под ним понимались и физическая природа, и космос, и природа человека, и общество, и мир социально-политических отношений, в целом, - все «неискусственное», «подлинное», «необходимое», «первичное», причем правообразующая «природа» (физическая и социальная) не для всех авторов является «вечной и неизменной», раз навсегда данной; имеются, как известно, и концепции естественного права с исторически изменяющимся содержанием.

Анализ показывает, что в учениях, в которых право и закон не отождествляются, под правом (обозначается ли оно как «естественная справедливость», «справедливое право», «естественное право», «естественный закон», «естественный разум», «природа вещей», «разумный закон», «идея права», «понятие права» и т. п. или просто как «право»), по сути дела, имеется в виду нечто по времени или по смыслу предшествующее и определяющее (первичное, безусловное, необходимое, обуславливающее, имеющее приоритет и т.п.) по отношению к закону (официальным установлениям, законодательству, «позитивному праву»). Закон в его отношении к праву, трактуется как нечто зависящее от человеческого усмотрения, решения и выбора, как справедливо или несправедливо изготовленный, сконструированный продукт человеческого творчества.

Понятие права в подобных концепциях включает в себя совокупность объективных свойств права как специфического социального феномена, которая не зависит от воли законодателя, тот комплекс объективных закономерностей, свойств, требований и правил социальной, общественно-политической жизни, который первичен и определяет смысл, содержание, характер и цели официального законодательства.

Различение права и закона как теоретическая конструкция выполняет две основные функции: оценочную и объяснительную. Существо оценки при

этом состоит в характеристике закона в качестве правового или неправового установления. При этом право выступает в качестве основания и критерия для суждения о ценности закона, его соответствии своему назначению. Значимость и сила подобной оценки состоят в ее концептуальном характере: оценка закона дается здесь не с какой-то случайной, необязательной или безразличной для него позиции, а с точки зрения права, т.е. чего-то необходимого и безусловного. Иначе говоря, в своем оценочном отношении к закону право предстает как концентрированное выражение всех тех требований, без соответствия которым закон дисквалифицируется.

Оценочная функция данной конструкции тесно связана с ее объяснительной функцией и опирается на нее. Требования к закону («каким должен быть закон?») представляют собой лишь следствие соответствующей трактовки права («что есть право?»).

В теоретико-познавательном плане существенный интерес представляет прежде всего объяснительная функция концепций различения права и закона. Поскольку анализ того, что есть право в его соотношении с законом, по существу, представляет собой исследование как объективной природы и специфических качеств самого права, так и той совокупности факторов (природного, социально-политического, общественно-исторического, этического, духовного, психологического характера и т. д.), которые определяют и обуславливают правовые свойства закона, его место и значение в человеческой жизни.

Вышеобозначенная многоемкая содержательность (в социально-политическом и теоретико-методологическом плане) проблемы различения и соотношения права и закона постоянно привлекала внимание многочисленных исследователей. Освещение этой проблематики сыграло значительную теоретико-познавательную роль, по-своему отражая и фиксируя в различных своих модификациях результаты прогресса в познании закономерностей

общественных и политико-правовых явлений, в уяснении механизма объективной обусловленности законодательства реальными факторами общественной жизни.

К данной теме обращались, если ограничиться лишь самым кратким перечнем, в античности — Демокрит, софисты, Сократ, Платон, Аристотель, Эпикур, Цицерон, римские юристы; в средневековье, новое и новейшее время - Фома Аквинский, Гроций, Гоббс, Спиноза, Локк, Монтескье, Кант, Фихте, Гегель, Фейербах, представители исторической школы права, приверженцы различных социологических, психологических, феноменологических, экзистенциалистских и ряда иных концепций права.

Применительно к западно-европейской правовой мысли последнего столетия можно сказать, что почти все ее разноликие направления, за исключением юридического позитивизма, развивали и продолжают развивать в той или иной вариации и модификации тему различения права и закона.

Предложенная типология (противоположность юридического и легистского типов правопонимания) не означает отрицания существенных различий между разными концепциями внутри самих этих типов правопонимания. Это обстоятельство необходимо отметить в связи с распространенным мнением, будто любая концепция различения права и закона носит естественно-правовой характер и исходит из признания той или иной версии естественного права. На самом деле право в его различении с законом - это не обязательно именно «естественное право», так что естественно-правовая концепция - лишь частный случай (исторически распространенный, но далеко не единственный) юридического типа правопонимания, подобно тому как различение естественного права и позитивного права - тоже лишь одна из многих возможных версий соотношения права и закона.

С точки зрения легистского правопонимания, сводящего право к закону и считающего правом лишь позитивное право (отсюда и «юридический

позитивизм» как одно из исторических наименований этого типа трактовки права), право в его различении с позитивным правом - это естественное право. При этом под позитивным правом имеется в виду все то, что позитивировано публичной властью в качестве права, т.е. наделено силой закона. С учетом данного обстоятельства при различении права и закона под «законом» имеется в виду все позитивное право (его источники, законодательство, обычное право, прецеденты и т. д.), а не закон в специальном смысле как акт верховной власти и источник высшей юридической силы.

С легистских позиций, сводящих право к закону и отождествляющих их, практически невозможно обозначить содержательность позитивного права, поскольку с этой точки зрения безразлично формой выражения какого именно содержания (правового или произвольно-противоправного) является закон. В этом случае существование закона, его публично-властная данность в роли права предшествует правовой сущности, выражением которой закон должен быть.

Из сказанного очевидно, что так называемый «юридический позитивизм», сводящий право лишь к «позитивному праву» (т.е. законодательству, официально-властным нормам, установлениям и санкциям), по сути дела является легистским позитивизмом, а не юридическим.

Для легизма характерны пренебрежение людьми, апология власти и гипертрофия ее нормотворческих возможностей. В этом смысле легизм представляет собой нормативное выражение этатизма и этатистского правопонимания. Устремления легизма, этатизма, «юридического позитивизма» - в отрицании как «естественного права» вообще, так и в особенности всякого рода «естественных» (т.е. не зависящих от усмотрения и произвола властей) прав и свобод индивидов, в подчинении всех властно-приказным правилами установлениям.

В истоках такого подхода к праву в Новое время лежит учение Т. Гоббса с его концепцией всемогущего государства и трактовкой права как приказа верховной власти. «Правовая сила закона, - подчеркивал он, - состоит только в том, что он является приказанием суверена». В дальнейшем такое понимание права было взято на вооружение представителями различных направлений легистского позитивизма.

В конкретно-историческом плане становление и развитие «юридического позитивизма» было связано с укреплением буржуазного строя, с возвышением роли государства и увеличением в этих условиях удельного веса и значения государственных нормативных актов в системе источников права.

В идейном отношении «юридический позитивизм» отразил изменившееся юридическое мировоззрение класса буржуазии, уже добившегося официального признания в законе («позитивации») своих правовых притязаний, идеологию защиты официального, наличного законопорядка против всякого рода критически и оппозиционно звучащих требований и представлений о «естественном», «должном», «идеальном», «разумном», «справедливом» праве.

Основные идеи «юридического позитивизма» (трактовка права как творения власти, властная принудительность как единственная отличительная особенность права, формально-логический и юридико-догматический методы анализа права, отрыв права от общественных отношений, а юриспруденции - от «метафизических» положений о природе, причинах, ценностях, сущности права) с той или иной модификацией разделялись представителями его различных вариантов в XIX в. (Д. Остин, Ш. Амос и др. в Англии; Б. Виндшайд, К. Бергбом, П. Лабанд, А. Цительманн и др. в Германии; Кабанту и др. во Франции; Е.В. Васьковский, А.Х. Гольмстен, Д.Д. Гримм, С.В. Пахман, Г.Ф. Шершеневич в России и т. д.), а в целом ряде отношений - также и приверженцами юридического неопозитивизма в XX в. («чистая теория права» Г. Кельзена, лингвистическая юриспруденция Х.Л. Харта и др.).

Так, Дж. Остин характеризовал право как «агрегат правил, установленных политическим руководителем или сувереном», и подчеркивал: «Всякое право есть команда, приказ». Так же и согласно Ш. Амосу «право есть приказ верховной политической власти государства с целью контроля действий лиц в данном сообществе». Г.Ф. Шершеневич придерживался аналогичных воззрений. «Всякая норма права, - писал он, - приказ». Право, по его оценке, - это «произведение государств», а государственная власть характеризуется им как «тот начальный факт, из которого исходят, цепляясь друг за друга, нормы права».

Своим приказом государственная власть порождает право - таково кредо данного типа правопонимания. Отличие права от произвола тем самым лишается объективного и содержательного смысла и имеет для приверженцев такого подхода лишь субъективный и формальный характер: явный произвол, санкционируемый определенным субъектом в определенной форме признается правом. В легистско-позитивистской трактовке за приказом государственной власти признаются магические возможности. Следовательно, что подобным приказом решаются задачи не только субъективного характера - формулирование норм законодательства, но и объективного плана - формирование, создание самого права, а также собственно научного профиля - выявление специфики права, его отличия от иных социальных норм и т. д.

Прошлые и современные приверженцы легистского подхода, отождествляя право и закон, сводят проблему социального смысла и роли права к вопросу о регулятивном значении норм законодательства. Праву при этом придается узкое технико-инструментальное значение: оно выступает лишь как официальное наказательное орудие и подходящее средство для осуществления социального управления, регламентации и контроля. Причем выбор тех или иных форм и направлений правовой регуляции оказывается, согласно такому подходу, субъективным результатом правотворческого решения законодателя, а

соотношение и взаимодействие различных социальных норм - волюнтаристски манипулируемой технологией, приспособленной к целям той или иной концепции социальной инженерии.

Такой односторонний инструментально-технический взгляд на право, игнорируя его объективную социальную природу, сущность и функции, не позволяет выяснить его действительное место и роль в соционормативной системе, его подлинную специфику и социальную ценность, его объективно обусловленную и общественно необходимую связь с другими социальными нормами. Следует отметить, что субъективистская манипуляция социальными нормами, сопровождаемая искусственной поддержкой и активизацией одних регуляторов и произвольным подавлением или вытеснением других, может привести лишь к кратковременному удовлетворению тех или иных социорегулятивных потребностей и целей. Но в долгосрочной перспективе подобное субъективно-волевое оперирование социальными нормами (ставка на регулятивно «сильные», силовые нормы закона, игнорирование как правовой природы норм законодательства, так и социальной ценности, объективных границ и специфики действия других видов норм, подмена регуляторов и перекладывание регулятивных функций одних норм на другие и т. д.) неизбежно приводит к их деградации, к девальвации выражаемых в них ценностей и регулятивных возможностей, к нарушению и бездействию системных связей и разрушению целостности различных видов социальных норм общества, к развалу единого механизма социальной регуляции и постепенному распаду всего соционормативного порядка.

Недостатки легистско-позитивистского подхода - следствие его отрицания специфики и ценности права как всеобщей равной меры и необходимой формы существования, признания и защиты свободы людей, в игнорировании независимости, свободы и прав индивидов. В этом случае рвется исходная внутренняя связь права со свободой и справедливостью,

приоритетность возлагается на усмотрение и решение властей, вознесенных над правом и продуцирующих его. В таком контексте сама постановка вопроса о правовом законе, правовом обществе и правовом государстве лишается всякого смысла.

Актуальность взаимосвязи права и закона проявляется в аспекте соотношения правообразования и законотворчества. Объективный процесс правообразования - становления права как формы не следует отождествлять с формальным процессом законотворчества - официальным выражением и формулированием норм законодательства.

Правообразование - это процесс фактического объективного признания тех или иных общественных отношений и взаимосвязей людей и их объединений в качестве «правильных» (с точки зрения господствующих в данном обществе материальных жизненных отношений и соответствующих им идей, ценностей и т.п.), процесс социально-исторического формирования общих критериев, правил, масштабов, моделей, образцов и стандартов этой «правильности» и в конечном счете их конкретизации в соответствующие нормы поведения, и взаимоотношения людей.

Право как форма функционирования и внешнего оформления данных общественных отношений является первичным прототипом и источником для последующих официальных нормативных формулировок, для норм законодательства.

Учет различных аспектов объективного процесса правообразования, предшествующего законотворчеству, имеет существенное значение в целом ряде направлений, в том числе в плане углубления научных основ законодательства, преодоления пробелов в действующем праве, дальнейшего развития философско-правовых и социально-правовых исследований, изучения и повышения эффективности уже принятых и проектируемых законоположений и т. д. Ключевую роль при этом играет адекватная формулировка в виде норм

законодательства объективно обусловленных реальными общественными отношениями и содействующих их нормальному, прогрессивно-поступательному развитию правовых форм, норм и принципов. Такой подход, в свою очередь, ориентирует юридические исследования на выявление и изучение нормативно-правовых аспектов в реальной общественной жизни, на поиски тех фактически сложившихся или складывающихся правовых форм, норм и отношений, которые должны быть приняты во внимание как в плане их возможного официального признания и защиты, так и в плоскости соответствующей корректировки законодательной политики, совершенствования законодательства, правоприменительного процесса, деятельности правоохранительных органов и т. д.

В современных условиях развитого правопорядка и законности требования права как формы и меры свободы официально признаны и обладают законной силой - силой норм законодательства. При этом важен факт не только того, что праву придётся качество официальной силы посредством выражения в виде закона, но и то, что в данном случае взаимосоответствие права и закона порождается правовой закон с содержательной характеристикой закона как официальной формы выражения права и свободы, а не только с формальной трактовкой закона как акта соответствующего органа.

Вместе с тем, следует отметить, что снятие различия между правом и законом не означает их отождествления, поскольку сохраняются иные уровни и аспекты их сопоставления.

Творческая роль закона и в то же время его социальная ценность и регулятивная значимость состоят прежде всего в адекватном и определенном выражении и формулировании в виде конкретных норм законодательства таких положений, которые соответствуют характеру и требованиям уже сложившихся форм права. В процессе законодательства требования правовой формы

получают свое официальное, общеобязательное и в необходимой степени конкретизированное выражение в виде норм «положительного права».

Активная роль законодательства проявляется также в случаях, когда речь идет об официальном выражении уже в той или иной степени сложившихся правоположений. И в этом случае закон представляет собой не пассивную регистрацию, а активный процесс: анализ на основе науки, учет общественного мнения, нормативных аспектов действительности, тенденций их развития, отбор надлежащей формы, точная и конкретно-определенная формулировка нормы, придание ей соответствующей законной силы, определение обстоятельств и сферы ее действия, ее места в системе законодательства и т. д., в результате которого появляются новые нормы законодательства.

Смысл концепции различения права и закона состоит не в игнорировании факта, что официальной силой действующего права обладают только нормы законодательства, а в достижении максимально возможного соответствия всего «положительного права» принципам и требованиям социально-исторически обусловленного права как необходимой формы общественных отношений. Позитивное право подразумевает и с необходимостью предполагает право, официальное законоположение - объективную форму и меру свободы.

Всесторонний учет соотношения и взаимосвязей права и закона, права и свободы направлен против волюнтаристских представлений о праве и злоупотреблений правовой формой. Выяснение этих взаимосвязей содействует обогащению трактовки права и правового закона как важной социальной ценности, дальнейшему углублению понимания права как системы всеобщих норм свободы в человеческом поведении, которые объективно обусловлены общественными отношениями и посредством официального признания становятся общеобязательными.

Библиография

1. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978.
2. Нерсесянц В.С. История идей правовой государственности. М., 1993.
3. Нерсесянц В.С. Из истории правовых учений: два типа правопонимания. М., 1978
5. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып.1. М., 1910.

ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

СОЦИАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УСЫНОВЛЕНИЯ СКВОЗЬ ПРИЗМУ СУДЕБНОЙ СТАТИСТИКИ

БУЯНОВА Е.В.,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: усыновление, статистика, суд, воспитание, сирота.

В статье рассмотрены причины, последствия и перспективы решения назревшего вопроса социального сиротства в Российской Федерации. Проанализирована судебная статистика по внутригосударственному и международному усыновлению различных регионов России, выявлены определенные тенденции и проблемы, предложены пути их разрешения.

Keywords: adoption, statistics, court, education, the orphan.

In the article the reasons, consequences and prospects of the decision of an urgent question of a social orphanhood in the Russian Federation are consistently

considered. The judicial statistics on interstate and international adoption of various regions of Russia is analyzed, certain tendencies and problems are revealed, ways of their permission are offered.

Согласно ч. 1 ст. 17 Конституции Российской Федерации (далее – Конституция РФ) права и свободы человека и гражданина являются высшей ценностью государства, а, следовательно, находятся под особой государственной защитой и имеют приоритетное государственное значение.

Приоритетность данного направления государственной политики была отмечена и в Ежегодном Послании Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию РФ, который указал на то, что «российское государство, если хочет быть справедливым, обязано помогать нетрудоспособным и малоимущим гражданам - инвалидам, пенсионерам, сиротам. С тем, чтобы жизнь таких людей была достойной, а основные блага были бы для них доступными»¹.

В свою очередь, как о самой острой проблеме современной России – о демографии, говорил в своём ежегодном послании Федеральному Собранию экс-Президент Российской Федерации В.В. Путин². В частности, он отметил: «Проблемы экономического и социального развития страны тесно связаны с простым вопросом: для кого мы всё это делаем? Вы знаете, что в среднем число жителей нашей страны ежегодно становится меньше почти на 700 тысяч человек»³. В связи с этим необходимо создание надлежащих условий и стимула для роста рождаемости и принятия эффективных программ поддержки материнства, детства, семьи⁴.

Сказанное имеет важное значение ещё и потому, что одной из самых тяжёлых проблем России последнего времени является социальное сиротство, не связанное с такими катаклизмами как война, уносящая миллионы жизней⁵. Социальные сироты – это дети, которые брошены

родителями или отобраны у родителей, не выполняющих свои обязанности по их воспитанию и содержанию⁶.

Ежегодно в России наблюдается снижение детского населения на 1 млн. человек уже в течение 8 лет. Неуклонно растет на 4-6 тыс. численность детей-сирот в сиротских учреждениях. Так, только за первые три месяца 2008 года в Оренбургской области был выявлен 41 ребенок, который остался без попечения родителей, 19 младенцев оставлены в родильных домах. Для сравнения, в 2002 году выявлено 85 «отказных» детей, в 2003 – 110, 2004 – 128, 2005 – 95, 2007 – 91. Цифры далеко не утешительные⁷. Аналогичная ситуация наблюдается и в целом по стране: если в 1997г. было выявлено 105 534 несовершеннолетних детей, оставшихся без попечения родителей, то в 2005г. уже 133 034⁸.

На количество детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, находящихся на сегодняшний день в детдомах обращалось внимание и в ежегодном послании Президента: «Таких детей у нас около 200 тыс. На самом деле сирот гораздо больше, но в детдомах находится около 200 тыс.»⁹.

За последние 100 лет Россия проживает третью волну сиротства: после Первой мировой войны и революции, после Великой Отечественной войны и сейчас. Если в 1945г. в России было около 678 тыс. детей-сирот, то на начало 2006г. их 700 тыс. Статистика свидетельствует, что ежегодно в России выявляется свыше 100 тыс. детей, которые в силу разных обстоятельств остаются без родительского попечения. Совершенно справедливо, в этой связи, указывает З.З. Алиева на то, что, если в 1945г. сиротство было понятно, то в наше время трудно признать и принять как естественные следующие причины детского сиротства¹⁰: алкоголизм и наркомания родителей (алкоголизмом в России страдают около 2,2 млн. человек, а наркоманией 209 тыс.)¹¹; преждевременная смертность населения, чаще всего, по неестественным причинам; увеличение случаев рождения

детей несовершеннолетними матерями; увеличение количества родителей, находящихся в местах заключения.

Все это свидетельствует о степени важности усыновления (удочерения)¹² как приоритетной формы устройства российских детей, оставшихся без попечения родителей. В то же время, как верно отмечает З.З. Алиева, «несмотря на все преимущества усыновления, сегодня нельзя с уверенностью сказать, что по своему удельному весу оно является лидером среди других форм передачи ребёнка в семью»¹³.

Так, в 1993г. было усыновлено 33 195 детей, в 1994г. – 34 828 детей, в 1995г. – 34 828, 1996г. - 30 675, в 1997г. – 26 446, в 1998г. – 25 461, в 1999г. - 24 236 детей, в 2000г. – 24 158, в 2001г. – 23 151, в 2002г. – 23 286, в 2003г. – 24 183, в 2004г. – 24 771, в 2005г. – 22 198 детей¹⁴.

С 27 сентября 1996г. в Российской Федерации действует судебный порядок усыновления. Как показывают статистические данные, с 1997г. наметилась тенденция к количественному уменьшению усыновлений в России. Полагаем, это связано с ужесточением контроля в этой области, выразившегося, прежде всего, в обязательном судебном порядке усыновления. Вместе с тем, следует согласиться и с другими причинами, называемыми в науке – обнищание населения, деклассирование определенных слоев общества, уменьшение численности взрослого населения¹⁵.

Кроме того, шесть лет тому назад наблюдалась тенденция роста количества усыновлений иностранными гражданами при одновременном сокращении усыновления посторонними российскими гражданами. Однако в 2003г. впервые за 12 лет ведения статистических наблюдений количество детей, усыновленных иностранными гражданами, превысило количество детей, усыновленных гражданами России (7 188 – российское усыновление, 7 986 – международное усыновление).

В 2005г. разница между российскими и международными усыновлениями значительно возросла. Так, россиянами усыновлены 7 526

ребенка, иностранными гражданами – 6 904. Впоследствии эта тенденция не изменилась: в 2005г. в семьи российских граждан устроено 111 073 ребенка, в семьи иностранных – 6 904 ребенка; в 2006г. российскими гражданами усыновлены 7 700 детей, оставшихся без попечения родителей, иностранными – 6 700; в 2007г. 8 896 и 4 324 соответственно.

Возможно, это связано с тем, что Федеральным законом «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» женщинам, родившим или усыновившим второго (или последующего) ребенка после 1 января 2007 года предусмотрено предоставление материнского (семейного) капитала в размере 250 тыс. руб.

Также в начале декабря 2006г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные акты Российской Федерации в части государственной поддержки граждан, имеющих детей». Закон предусматривает установление единовременного пособия в размере 8 тыс. руб. при всех формах устройства ребенка на воспитание в семью (усыновление, опека (попечительство), приемная семья) с финансированием его выплаты из федерального бюджета (в 2007 году на эти цели выделено 677 млн. руб.).

Кроме того, с 1 января 2007г. размер ежемесячного пособия увеличен на одного ребёнка до 1500 руб., на второго и последующих – 3000 руб. до полутора лет¹⁶.

В то же время, нельзя не отметить, что эта разница в большей степени достигнута за счет усыновления российскими гражданами детей до одного года (российские граждане усыновили 5 069 детей этого возраста, иностранцы - 885). Важно и то, что российские граждане, в отличие от иностранных, имеют возможность принять ребенка, оставшегося без попечения родителей, на воспитание в свою семью, избрав иную, нежели усыновление форму устройства (опека (попечительство), приемная семья)¹⁷. Вместе с тем, верно в науке указывается на то, что доминирование опеки и попечительства среди других форм семейного устройства (80% детей,

оставшихся без попечения родителей) связано с тем, что основную массу опекунов составляют родственники детей¹⁸.

В отношении иностранного усыновления следует отметить также и то, что изменился возрастной состав детей, передаваемых в семьи зарубеж. В 2005-2006г. резко сократилось число детей до 1 года (с 587 детей в 2004г. до 211 в 2006г.). Сокращение этой возрастной группы в 2006г. на 38 детей сопровождается увеличением на 50 детей следующей возрастной группы от 1 до 3 лет.

По-прежнему по числу международных усыновлений лидирует с большим отрывом США, затем идут Италия и Испания.

Из 48 детей-инвалидов в России было усыновлено 7, а 41 ребенок уехал зарубеж: в США (24 ребенка), Италию (6), Испанию (5), Францию (2), Германию (2) и т.д.¹⁹

Проследим ситуацию по усыновлению (как национального, так и иностранного) детей в субъектах Российской Федерации. По количеству произведенных в отношении несовершеннолетних детей усыновлений в 2005г., лидирующие позиции в этом отношении занимают следующие субъекты Российской Федерации: Москва (532 ребенка усыновлено гражданами РФ, 347 детей усыновлено иностранными гражданами), Московская область (356 и 257 соответственно), Краснодарский край (319 и 108 соответственно), Республика Татарстан (225 и 38), Республика Башкортостан (216 и 50), Нижегородская область (166 и 202), Санкт-Петербург (163 и 387), Республика Дагестан (139 и 9), Кабардино-Балкарская Республика (108 и 1), Республика Саха (Якутия) (213 и 22), Красноярский край (150 и 168), Ставропольский край (163 и 156), Волгоградская область (146 и 90), Кемеровская область (155 и 380), Пермская область (223 и 212), Ростовская область (304 и 196), Свердловская область (201 и 193), Челябинская область (170 и 196), Ханты-Мансийский автономный округ (136 и 26).

Очень мало детей усыновляется в Ямало-Ненецком автономном округе (36 и 5), Усть-Ордынском Бурятском автономном округе (1 и 0), в Таймырском (Долгано-Ненецком) автономном округе (2 и 0), Ненецком автономном округе (4 и 5), Коми-Пермяцком автономном округе (2 и 47), Агинском Бурятском автономном округе (26 и 0), в Магаданской области (16 и 29), в Липецкой области (36 и 4), в Курганской области (36 и 3), в Камчатской области (17 и 17), в Чеченской Республике (15 и 0), в Республике Хакасия (28 и 6), в Республике Мордовия (26 и 0), в Республике Марий Эл (10 и 7), в Республике Калмыкия – Хальмг Тангч (26 и 1), в Республике Ингушетия (6 и 0), в Республике Алтай (31 и 3) и в Республике Адыгея (18 и 6).

Вообще не производятся усыновления в Корякском автономном округе и Эвенкийском автономном округе.

В Оренбургской области количество детей, усыновленных гражданами РФ в 2005г. составило 114, число детей, усыновленных иностранными гражданами также равно 114.

Представленные статистические данные мы решили сравнить с результатами изучения судебной практики. Так, по словам Председателя Верховного суда РФ В.М. Лебедева, «в период, когда это стало судебной компетенцией, было принято и рассмотрено более 250 тысяч дел, связанных с усыновлением и удочерением»²⁰. Оценивая приведенную Председателем Верховного суда Российской Федерации статистику, пожалуй, следует согласиться с тем, что в целом за 12 лет существования судебного порядка, дел об усыновлении в Российской Федерации рассмотрено достаточно много, но если брать судебную практику каждого суда в отдельности, то ситуация складывается прямо противоположная.

Так, Ульяновским областным судом за 2006г. было принято к производству и рассмотрено по существу 37 дел об усыновлении, из которых 35 заявлений об усыновлении удовлетворено, по 1 заявлению в удовлетворении отказано, 1 заявление оставлено без рассмотрения. По делам

об усыновлении российских детей иностранными гражданами Ульяновским областным судом вынесено пять частных определений в адрес Департамента образования Ульяновской области с целью устранения выявленных недостатков в работе с детьми, оставшимися без попечения родителей²¹.

Всего же судами Ульяновской области за 2002-2004 годы было рассмотрено 251 дело об усыновлении и об отмене усыновления, из них 236 дел составляют дела об усыновлении²².

За 6 месяцев 2005г. Судебной коллегией по гражданским делам Архангельского областного суда было рассмотрено по первой инстанции 39 дел об усыновлении (удочерении) детей²³.

Согласно плану работы Астраханского областного суда на первое полугодие 2007 года проведено изучение дел, рассмотренных в 2006 году, по спорам, связанным с охраной прав и интересов несовершеннолетних детей. Статистические данные в целом по области свидетельствуют об устойчивости тенденции увеличения количества дел по спорам, связанным с охраной прав и интересов несовершеннолетних. В рамках обобщения изучено 820 гражданских дел, из которых 31 - дела об установлении усыновления. В 2006 году районными судами Астраханской области рассмотрено 133 дела об усыновлении детей российскими гражданами, что практически на уровне прошлого года (на 2 дела больше). Для сравнения: в 2002 году таких дел рассмотрено 189, в 2003 году – 142 дела, в 2004 году – 119 дел. Астраханским областным судом заявлений иностранных граждан об усыновлении детей-граждан России было рассмотрено в 2002 году – 36 дел, в 2003 году – 87 дел, в 2004 году – 110 дел, в 2006 году рассмотрено 67 дел, также как в 2005 году. Анализ данных статистики за несколько лет свидетельствует, что уровень обращений иностранных усыновителей остается достаточно высоким, однако тенденции к росту за последние два года не отмечается²⁴, что соответствует статистическим данным, приведенным нами ранее.

Красногвардейским районным судом Ставропольского края в 2005г. было рассмотрено - 4 гражданских дела, в 1 полугодии 2006г. – 1 гражданское дело об усыновлении²⁵.

В 2006 году районными судами Амурской области всего было рассмотрено 123 дела, по спорам, связанным с воспитанием детей, из них об усыновлении (удочерении) детей – 23 дела, а об отмене усыновления (удочерения) детей – 2 дела²⁶.

За период 2002 год - 1 полугодие 2004 года федеральными судами Пермской области окончено 876 дел по заявлениям об усыновлении и (удочерении); из них с вынесением решения - 862 дела, удовлетворено заявлений об усыновлении по 855 делам, что составляет 98% от общего числа рассмотренных заявлений по делам данной категории; отказано в удовлетворении заявления по 5 делам, оставлено без рассмотрения 6 заявлений, прекращено производство по 2 делам.

Районными судами г. Перми за период 2002 год - 1 полугодие 2004 года было рассмотрено 378 дел об усыновлении (удочерении).

Пермским областным судом за аналогичный период было рассмотрено 297 гражданских дел по заявлениям иностранных граждан, желающих усыновить ребенка, являющегося гражданином РФ.

Из 90 дел, рассмотренных судами Пермской области по заявлениям об усыновлении (удочерении) детей, 37 дел по заявлениям об усыновлении (удочерении) детей, оставшихся без попечения обоих родителей, что составляет 41% от общего числа изученных дел данной категории. Остальные 53 дела указанной категории составляют усыновление (удочерение) пасынков и падчериц отчимами и мачехами. Основную массу указанных дел составляют дела, рассмотренные Кировским районным судом г. Перми (30 дел). По одному изученному делу вынесено решение об отказе в удовлетворении заявленной просьбы, по одному делу судом принят отказ от заявленных требований²⁷.

По результатам проведенного сотрудниками прокуратуры республики Алтай обобщения судебной практики об усыновлении детей российскими и иностранными гражданами за 2000-2005 годы было установлено, что за 2000-2005г.г. судами республики рассмотрено 181 гражданское дело об усыновлении. В том числе 168 дел по заявлениям российских граждан и 13 – по заявлениям иностранных граждан. Усыновление детей российскими гражданами на территории республики выглядит следующим образом: в 92 случаях усыновление произведено по заявлению супруга (супруги) одного из родителей ребенка (54, 8 %), родственниками усыновляемого или его опекунами в 30 случаях (17, 9 %), посторонними людьми в 46 случаях, что составляет 27, 4 %.

За указанный период судами республики рассмотрено 8 дел об отмене усыновления. Инициаторами возбуждения указанных дел являлись органы опеки и попечительства в 6 случаях, усыновители – в 2 случаях. Поводами для подачи заявлений об отмене усыновления органами опеки и попечительства послужили злоупотребление усыновителями спиртными напитками, неисполнение возложенных на них прав и обязанностей родителей, конфликтные отношения между усыновленными и усыновителями, заболевание усыновителя. Усыновителями заявления об отмене усыновления подаются, как правило, после расторжения брака с родителем ребенка.

Процесс усыновления российских детей иностранными гражданами на территории республики начался в 2002г. Верховным судом Республики Алтай за указанный период рассмотрено 13 гражданских дел об усыновлении 18 российских детей (5 девочек и 13 мальчиков). 24 иностранными гражданами. В 2002 году произведено усыновление иностранными гражданами 1 ребенка, в 2003г. – 4 детей, в 2004г. – 10, в 2005г. – 3 детей. Усыновленные дети являлись воспитанниками детских учреждений общественного воспитания. Возрастная характеристика усыновленных иностранными гражданами детей выглядит следующим образом: в возрасте 1

года – 6, 2 лет – 2, 3 лет – 3-е, 4 лет – 5 и 2-е в возрасте 5 лет. Все указанные дети стояли в региональном и федеральном банках данных о детях, оставшихся без попечения родителей и в установленные законом сроки устроить этих детей в семьи российских граждан не представилось возможным.

Из 24 иностранных усыновителей 21 являются гражданами США, 2 – граждане Италии и 1 гражданка Франции.

Отчеты об условиях жизни и воспитания усыновленных российских детей, как того требует законодательство, поступают в Министерство образования и науки Республики Алтай своевременно. Случаев отказа в удовлетворении заявлений об усыновлении российских детей иностранными и российскими гражданами за 2000-2005 годы не было. Случаев убийств детей и жестокого обращения с детьми, совершенными российскими усыновителями за указанный период также не зарегистрировано²⁸.

Шекснинским районным судом Вологодской области в 2005г. было рассмотрено два гражданских дела об усыновлении (удочерении) детей. Дела данной категории от общего количества рассмотренных дел в 2002г., 2003г. и 2004г. также составили незначительное количество. Так, в 2002г. указанным судом из 1 695 рассмотренных гражданских дел 9 (0, 53 %) составили дела об усыновлении, в 2003г. из 1 176 гражданских дел – 4, в 2004г. из 491 гражданского дела – 2 и в 2005г. из 370 рассмотренных гражданских дел 2 составили дела об усыновлении (0, 42 % от общего количества поступивших в соответствующем году исков).

Удовлетворено было заявлений указанной категории: в 2002г. – 9 из 9 рассматривавшихся, в 2003г. – 3 из 4 рассматривавшихся, в 2004г. – 1 из 2 рассматривавшихся, в 2005г. – 2 из 2 рассматривавшихся.

Из общего количества рассмотренных заявлений в указанный период только по двум делам производство было прекращено. Случаев оставления заявлений без рассмотрения не имеется. Ни одно из рассмотренных дел не было обжаловано или отменено.

В большинстве случаев разрешение дел об усыновлении детей осуществлялось судом на основании заявлений отчимов. По двум делам дети были усыновлены опекунами, в одном случае – ребенок, оставшийся без попечения родителей²⁹.

К сожалению, в Оренбургской области отсутствует официальная информация о количестве рассмотренных судами Оренбургской области дел об усыновлении (удочерении) детей ввиду того, что обобщения по данной категории дел в Оренбургской области никогда не проводились и не проводятся, поэтому мы решили провести собственные обобщения судебной практики по данной категории дел.

Судебная практика Оренбургской области по делам об усыновлении складывается следующим образом.

В 2000г. Ленинским районным судом г. Оренбурга, было рассмотрено 22 дела об усыновлении, в 2001г. – 14 дел, в 2002г. – 11 дел, в 2003г. – 22 дела, в 2004г. – 33 дела, в 2005г. – 40 дел, в 2006г. - 17 дел; в Центральном районном суде г. Оренбурга данная категория рассматривается гораздо реже – в 2002г. рассмотрено 7 дел, в 2005г. – 4 дела, причем в совокупности с делами об отмене усыновления; В Дзержинском районном суде г. Оренбурга дела об усыновлении вообще рассматриваются крайне редко, в связи с чем, четкую статистику или тенденцию проследить крайне сложно. В Оренбургском областном суде в 2003г. – рассмотрено 8 дел об усыновлении по заявлениям иностранных граждан, в 2004г. – 23 дела, в 2005г. – 78 дел.); в Медногорском городском суде Оренбургской области в среднем рассматривается три дела в год.

Аналогичная ситуация складывается и в других районных (городских) судах Оренбургской области. По словам судей Оренбургской области, эти дела, как правило, носят бесспорный характер, и заявления об усыновлении судами удовлетворяются. В основном заявители обращаются в суд с просьбой об усыновлении ребенка супруга от предыдущего брака в целях обретения семьей единой фамилии. Случаи усыновления грудных

детей в Оренбургской области крайне редки, в особенности, в районных (городских) судах Оренбургской области.

Так, например, 18.01.2005г. в Ленинский районный суд г. Оренбурга обратился гражданин А. с заявлением об удочерении. В заявлении он указал на сложившиеся фактические семейные отношения, приложил письменный отказ биологического отца, заверенный нотариусом, свою автобиографию. Заявление вполне обоснованно судом было удовлетворено, в дальнейшем решение не обжаловалось³⁰.

13.06.2006г. в Ленинский районный суд г. Оренбурга с заявлением об удочерении обратился гражданин П. В заявлении он указал на то, что зарегистрировал брак с матерью ребенка, и семья должна носить одинаковую фамилию. К заявлению он приложил письменный отказ биологического отца. Заявление судом было удовлетворено, в дальнейшем решение не обжаловалось³¹. Количество таких примеров в Оренбургской области очень велико.

Следует отметить, что подобная ситуация при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей складывается не только в Оренбургской области. Так, например, в судах Астраханской области, как правило, усыновление детей гражданами России производится не из детских учреждений, не в отношении детей-сирот, а в основном в отношении детей супругов от предыдущего брака³².

В Красногвардейском районном суде Ставропольского края по всем без исключения гражданским делам, заявленные требования заявителей были судом удовлетворены в полном объеме и установлено усыновление (удочерение) детей³³.

В Пермской области изучение дел показало, что в большинстве случаев суды правильно разрешают дела этой категории, принимаемые решения соответствуют требованиям материального и процессуального права³⁴. Неясных или спорных вопросов при рассмотрении гражданских дел

указанной категории у судей Красногвардейского районного суда не возникало³⁵.

Нельзя оставить без внимания и то, что катастрофически растет число сирот, имеющих серьезные отклонения в развитии, в основном психоневрологические. Особенно ярко это выражается при анализе проблем раннего сиротства. По данным из домов ребенка, около 90 % детей отстают в психофизическом развитии. Практически у всех детей, воспитывавшихся в домах ребёнка, отмечается задержка психомоторного и речевого развития. Не менее 30 % детей поступают туда от родителей алкоголиков. По материалам исследований, в семьях, лишённых родительских прав, 96,5 % - алкоголики³⁶.

Наличие генетического заболевания является одной из самых частых причин отказа родителей от ребёнка. Снижение эффективности детского здравоохранения, коммерциализация медицинских услуг оставляют все меньше возможностей для родителей, в том числе усыновителей, вылечить больного ребёнка в России, и это является одним из серьезных факторов, тормозящих развитие усыновления на внутригосударственном уровне³⁷.

Так, из всего перечня изученных нами архивных дел за 2003-2005 годы практически в каждом втором иностранными гражданами усыновляются дети по медицинским показаниям, мягко говоря, не совсем здоровые. Среди детских заболеваний встречаются и довольно серьезные: перинатальный контакт по ВИЧ-инфекции, смешанный астигматизм, гипотрофия 11 степени, задержка психоречевого развития и прочие.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что, несмотря на усилия государственных учреждений и общественных организаций, направленные на устройство детей, оставшихся без попечения родителей, на воспитание в семью, общество, в лице большинства его граждан, еще не готово принять на себя обязанности по воспитанию в своей семье чужого ребёнка, особенно школьного возраста³⁸. Причины подобного явления понятны: низкое материальное обеспечение, отсутствие уверенности в завтрашнем дне, и как следствие, боязнь брать на себя ответственность за судьбу осиротевшего

ребёнка. Ситуация усугубляется ещё и тем, что указанные проблемы глубинны по своей сути, они возникли не вчера, а гораздо раньше, и, к сожалению, в настоящее время только укореняются. И именно поэтому устранить эти проблемы не удастся сразу, лишь путем принятия «поверхностных» и малоэффективных мер, напротив, необходимы меры, коренным образом меняющие психологию современного российского общества к проблемам социального сиротства. Только новая семья может дать ребёнку-сироте новую жизнь, и сформировать полноправного члена российского общества.

Если в ближайшее время не изменится государственная политика в отношении семьи и детства, уже в обозримом будущем Россия может стать страной сирот³⁹.

¹ Ежегодное послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ <<http://www.regnum.ru/news/444274.html?forprint>> (последнее посещение – 30 марта 2009г.)

² Алиева З.З. Процессуальные особенности рассмотрения дел об усыновлении детей российскими гражданами (по материалам правоприменительной практики Республики Дагестан): Дисс. ...канд. юрид. наук. Махачкала, 2007. С. 15.

³ Ежегодное Послание Президента Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2006. 11 мая. № 97. С. 2.

⁴ Алиева З.З. Процессуальные особенности рассмотрения дел об усыновлении детей российскими гражданами (по материалам правоприменительной практики Республики Дагестан): Дисс. ...канд. юрид. наук. Махачкала, 2007. С. 16.

⁵ Алиева З.З. Указ. соч. С. 16.

⁶ Володина И.Н., Ларин Д.В. Сборник нормативно-правовых актов субъектов Российской Федерации по вопросам организации деятельности органов опеки и попечительства, устройству детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на воспитание в семьи / Под общ. редакцией Е.Е. Чепурных. М.: БФРГТЗ «СЛОВО», 2004. С. 3.

⁷ В Оренбургских роддомах ждут новых родителей 20 отказников <http://www.pro-mama.ru/en/articles_359_1491.html> (последнее посещение - 30 марта 2009г.)

⁸ Вестник образования. 2006. № 18. С. 49.

⁹ Сообщение пресс-службы уполномоченного по правам человека в РФ // e-mail: press-sl@ropnet.ru. 2005.

¹⁰ Алиева З.З. Указ. соч. С. 19.

¹¹ Михеева Л.Ю. Опека и попечительство: Теория и практика / Под ред. Р.П. Мананковой. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 13.

¹² В целях удобства далее по тексту автором будет использоваться термин «усыновление».

¹³ Алиева З.З. Указ. соч. С. 22.

¹⁴ Динамика устройства детей в семьи граждан / Усыновление в России. Интернет-проект Министерства образования и науки РФ. Департамент молодежной политики, воспитания и социальной защиты детей. <www.wsiom.ru> (последнее посещение – 01 октября 2009г.)

¹⁵ Вершинина Г.И. Процессуальные особенности судопроизводства по делам об усыновлении: Дисс. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 57.

¹⁶ Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части государственной поддержки граждан, имеющих детей» от 05.12.2006г. // Российская газета. 2006. 12 декаб.

¹⁷ Динамика усыновления детей посторонними гражданами / Усыновление в России. Интернет-проект Министерства образования и науки РФ. Департамент молодежной политики, воспитания и социальной защиты детей. <www.wsiom.ru> (последнее посещение – 01 октября 2009г.)

¹⁸ Алиева З.З. Указ. соч. С. 22.

¹⁹ Статистические данные ОАО «Всероссийский центр изучения общественного мнения» - «Оценка россиянами существующего порядка усыновления и трудностей, возникающих при усыновлении. Определение основных мер государственной поддержки населения». <www.wciom.ru> (последнее посещение – 01 октября 2009г.)

²⁰ Стенограмма сто семьдесят четвертого заседания Совета Федерации Федерального Собрания РФ от 7 апреля 2006г. Исх. № Ст-174 от 07.04.2006.

²¹ Справка о работе судебной коллегии по гражданским делам Ульяновского областного суда за 2006 год (тезисы) от 01.02.2007г.

²² Информационное письмо Судебной коллегии по гражданским делам Ульяновского областного суда по результатам обобщения судебной практики об усыновлении.

²³ Статистические данные о работе Архангельского областного суда за 1 полугодие 2005 года.

²⁴ Справка по результатам обобщения судебной практики рассмотрения судами Астраханской области дел по спорам, связанным с охраной прав и интересов несовершеннолетних.

²⁵ По результатам обобщения судебной практики Красногвардейского районного суда по гражданским делам об усыновлении, рассмотренным в 2005 – первом полугодии 2006г.

²⁶ Справка по результатам обобщения судебной практики по спорам, связанным с воспитанием детей, рассмотренным районными (городскими) судами Амурской области в 2006 году.

²⁷ Справка Судебной коллегии по гражданским делам Пермского областного суда по материалам обобщения судебной практики рассмотрения федеральными районными судами г. Перми дел об усыновлении (удочерении) за 1 полугодие 2004г. от 30 сентября 2004г.

²⁸ В Горном Алтае за пять лет усыновлено почти 200 детей. Международный проект Дмитрия Смирнова <www.agtu.ru> (последнее посещение – 01 октября 2009г.).

²⁹ Обзор судебной практики по гражданским делам об усыновлении (удочерении), рассмотренным Шекснинским районным судом Вологодской области.

³⁰ Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга за 2005г.

³¹ Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга за 2006г.

³² Справка по результатам обобщения судебной практики рассмотрения судами Астраханской области дел по спорам, связанным с охраной прав и интересов несовершеннолетних.

³³ По результатам обобщения судебной практики Красногвардейского районного суда по гражданским делам об установлении усыновления, рассмотренным в 2005 – первом полугодии 2006г.

³⁴ Справка Судебной коллегии по гражданским делам Пермского областного суда по материалам обобщения судебной практики рассмотрения федеральными районными судами г. Перми дел об усыновлении (удочерении) за 1 полугодие 2004г. от 30 сентября 2004г.

³⁵ По результатам обобщения судебной практики Красногвардейского районного суда по гражданским делам об усыновлении, рассмотренным в 2005 – первом полугодии 2006г.

³⁶ Право ребёнка жить и воспитываться в семье. Пресс-релиз доклада Министерства образования РФ // Защити меня. 1999. С. 6; Вершинина Г.И. Процессуальные особенности судопроизводства по делам об усыновлении: Дисс. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 57, 58.

³⁷ Материалы Генеральной прокуратуры РФ, подготовленные к «Круглому столу» на тему «Законодательство об усыновлении: практика и пути его совершенствования». М., 2005.

³⁸ Алиева З.З. Указ. соч. С. 23.

³⁹ Алиева З.З. Указ. соч. С. 21, 23.

СУБЪЕКТЫ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОГО КРЕДИТОВАНИЯ

ГУРЬЯНОВ А.П.,

*заместитель прокурора Центрального района г. Оренбурга,
юрист 2 класса, соискатель кафедры гражданского права и процесса
ГОУ ВПО «ОГУ».*

КОВАЛЕВА О.А.,

*к.ю.н., преподаватель кафедры гражданского права и процесса,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532) 72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** банк - участник эксперимента, заемщик, сторона договора, субъект образовательного кредитования, эксперимент.*

В настоящее время в России изменены нормативные документы, регламентирующие реализацию эксперимента по государственной поддержке образовательного кредитования. Принятые изменения затрагивают прежде всего субъектов договора образовательного кредитования. Автор предлагает классификацию субъектов образовательного кредитования и на основе проведенной классификации дает характеристику каждому участнику образовательного кредитования.

***Keywords:** bank— an experiment partner, Recipient of a loan, Party of a contract, Subjects of educational loans, Experiment*

Currently in Russia the normative documents which regulate implementation of the experiment on government support to allot educational loans are amend. First of all the amendments applied to subjects of educational loan contract. The author gives classification of contract subjects and defines their

characteristic based on the given classification and on the general scheme of interaction of educational loan contract subjects.

Для повышения доступности высшего профессионального образования на период с 01.09.2007 по 31.12.2010 в России запущен эксперимент по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов.

В основной документ проводимого эксперимента - Постановление Правительства РФ от 23.08.2007 № 534 «О проведении эксперимента по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию» - Постановлением Правительства РФ от 28.08.2009 № 699 «Об изменении условий проведения эксперимента по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию»¹ (далее - Постановление № 699) внесены изменения, существенно меняющие установленный ранее порядок.

Изменены нормативные документы, регламентирующие реализацию эксперимента. Принято новое Положение о проведении эксперимента по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию, утвержден ряд Правил. Принятые изменения затрагивают сроки проведения эксперимента, состав его участников, условия проведения»².

Принимая во внимания вышеуказанные изменения в области образовательного кредита, хотелось бы заострить внимание на характеристике участников образовательного кредита, дать их

классификацию, исходя из выполняемых ими функций, и поднять ряд непосредственно связанных с данным вопросом проблем.

Чтобы быть последовательным в изложении данного вопроса хотелось провести сначала классификацию субъектов образовательного кредита и лишь затем, на основе проведенной классификации дать характеристику каждому участнику образовательного кредита.

Итак, используя в качестве основания функции, выполняемые сторонами, степень их участия в договоре образовательного кредита, проведем следующую классификацию:

1 Обязательные для заключения договора образовательного кредита субъекты, которыми являются «банк – участник эксперимента» и заемщик (абитуриент/студент). Данный вывод напрашивается исходя из того, что в соответствии с Постановлением № 699, договор образовательного кредита является двусторонним. В качестве сторон выступают «банк – участник эксперимента» и «заемщик».

2 Сопутствующие заключению договора образовательного кредита субъекты, которыми могут быть поручитель, предприятие и ВУЗ.

3 Субъекты, содействующие исполнению договора, которыми является государство в лице его уполномоченных органов.

Общая схема взаимодействия данных субъектов выглядит следующим образом: заемщик (абитуриент/студент) заключают с ВУЗом договоры об оказании платных образовательных услуг. В качестве заемщиков студенты/абитуриенты заключают договор образовательного кредита с банком - участником эксперимента. Как заемщики они же заключают с поручителями договоры о предоставлении поручительства.

Поручители заключают с коммерческими банками - участниками эксперимента договоры поручительства, а с ВУЗом - соглашения об информационном сотрудничестве. Кроме того, ВУЗ заключает с Министерством образования и науки Российской Федерации «соглашение о предоставлении из федерального бюджета субсидий на возмещение части

затрат на уплату процентов по образовательным кредитам, предоставляемым заемщику в рамках эксперимента».

Ранее «соглашение о предоставлении из федерального бюджета субсидии на возмещение части затрат на уплату процентов по образовательным кредитам, предоставляемым заемщику в рамках эксперимента» заключалось между ВУЗом и Федеральным агентством по образованию, но согласно Указу Президента Российской Федерации от 4 марта 2010 г. № 271 «Вопросы Министерства образования и науки Российской Федерации»³ Федеральное агентство по образованию в целях оптимизации структуры федеральных органов исполнительной власти было упразднено и его правопреемником стало Министерство образования и науки Российской Федерации.

Исходя из данной классификации и общей схемы взаимодействия субъектов при заключении договора образовательного кредита, проведем характеристику субъектов образовательного кредита.

«Банк – участник эксперимента» - это банк, готовый предоставлять кредит на условиях, предусмотренных Положением о проведении эксперимента по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию. от 29.08.2009 г. Ранее данное понятие звучало как «банк-кредитор (банк-агент)» и трактовалось в Концепции министерства образования и науки Российской Федерации от 19 июня 2006 г. № ПК-7 «Концепция государственной поддержки образовательного кредитования»⁴ (далее концепция № ПК-7) как – «банк, отвечающий требованиям, установленным уполномоченным органом, и заключивший с заемщиком договор образовательного кредита». Анализируя данные определения, мы пришли к выводу, что первое определение наиболее удачно отражает суть данного понятия и считаем правильным решение законодателя «избавиться» от выражения «отвечающий требованиям, установленным уполномоченным

органом», поскольку банк должен отвечать нормам права, а не требованиям уполномоченного органа. И потому применение выражения «готовый предоставлять кредиты на условиях, предусмотренных Положением (т.е. нормативным актом)» наиболее точно отражает как суть данного понятия, так и суть отношений банка с уполномоченным органом.

Заемщик (абитуриент/студент) – «это совершеннолетний гражданин Российской Федерации, поступивший в вуз для обучения (обучающийся в вузе) по основным образовательным программам высшего профессионального образования по очной и очно-заочной (вечерней) формам любого года обучения и заключивший с банком - участником эксперимента договор образовательного кредита, или гражданин Российской Федерации в возрасте от 14 до 18 лет, поступивший в вуз для обучения (обучающийся в вузе) по образовательным программам высшего профессионального образования по очной и очно-заочной (вечерней) формам любого года обучения и заключивший с банком - участником эксперимента договор образовательного кредита в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации». Данное понятие «заемщика» применяется только к студентам, участвующих в программе «Кредо» ООО «Крэйн» и АКБ «СОЮЗ» (ОАО) и изъявивших желание участвовать в эксперименте на условиях, предусмотренных Постановлением № 699. Сразу же хотелось отметить громоздкость данного определения, что недопустимо в будущем при принятии нормативно-правовых актов, регулирующих сферу образовательного кредитования, таких как, например, ФЗ «Об образовательных кредитах». В Постановлении № 699 применяется менее громоздкое понятие «заемщика» - это студент вуза, являющийся гражданином РФ в возрасте от 14 до 18 лет или совершеннолетний гражданин РФ, отвечающий установленным Министерством образования и науки РФ критериям по успеваемости и заключивший с банком – участником эксперимента договор образовательного кредита.

Неоправданная громоздкость законодательных формулировок, «многосложность» его текста, наличие сложных по смыслу текстовых конструкций сильно затрудняет использование законодательства, оттеняя и скрывая смысл норм права. В связи с этим хотелось бы, чтобы законодатель пришел к более четкому, правильно отражающему определению данного понятия.

Анализируя содержание данного определения, и используя материалы практики, можно выделить ряд требований, предъявляемых к студенту для вступления его в кредитные отношения в качестве заемщика в образовательном кредите.

Это:

1 Студент вуза должен являться гражданином России.

Соответствовать установленным Минобрнауки России критериям по успеваемости, которые в настоящее время находятся на стадии разработки. Нами предлагаются следующие критерии успеваемости: перечисление средств по договору образовательного кредита осуществляется банком, если студент вуза по результатам сессии, предшествующей предоставлению образовательного кредита, получил оценки «отлично» или «хорошо» (допускается по одной из учебных дисциплин оценка «удовлетворительно», если оценка «удовлетворительно» получена не в течение двух сессий подряд).

2 Заключить с банком - участником эксперимента договор образовательного кредита.

3 Возраст студента от 14 до 18 лет или совершеннолетний гражданин РФ.

4 Встречается такое специфическое требование: специальность, по которой обучается студент, должна входить в список основных востребованных специальностей.

5 Постоянное место жительства и регистрация в том регионе, где оформляется кредит.

Образовательные целевые кредиты в России до сих пор считаются экзотическим видом банковских услуг. По данным Ассоциации российских банков, их объем составляет примерно 1-1,5 процента от общего кредитного портфеля российской банковской системы.

Как говорят сами банкиры, это «даже не капля в море, а брызги». Так что сегодня воспользоваться ими практически невозможно, хотя спрос, по идее, мог бы быть огромный. Количество платных мест в вузах ежегодно растет. Из 7,5 миллиона студентов 4 миллиона оплачивают свою учебу сами.

Однако брать кредит на учебу «дорого и невыгодно», отмечают те, кто пытался получить его на общих основаниях, через банк. Ранее требовались поручители - физические лица, залог имущества (недвижимость). В настоящее время, данное требование отсутствует, как и необходимость залога имущества, для предоставления кредита. Первоначальный взнос составляет как минимум 10 процентов от стоимости обучения. Комиссии по ведению счета не берутся с заемщика, в соответствии с новыми Правилами от 28.08.2009 г. При этом выдаваться такой кредит сейчас должен не менее чем на 10 лет.

Для банков образовательные кредиты, прежде всего, связаны с высокими рисками. Ведь основной долг заемщик начинает выплачивать только через пять-шесть лет. И еще этот заем, надо обслуживать в течение учебы за счет средств банка. Да и прибыльность кредитного продукта невелика. К тому же наряду с риском невозврата кредита существует риск, связанный с оценками самого заемщика, который может бросить вуз, не найти работу. Поэтому количество выдаваемых образовательных кредитов невелико.

По мнению П. Медведева, постановлением Правительства - 699 государство фактически предлагает краткосрочную программу по выходу из этого тупика. «Субсидии - хороший ресурс для банков. И стимул. Это фактически подарок государства банкам и студентам», - говорит П. Медведев. Тем более, по его словам, 20 процентов компенсации за

невозвращенные образовательные кредиты - это максимальный риск невозвратов, который висит над банковской системой. И такая помощь государства может дать толчок многим банкам к участию в эксперименте»⁵.

Следующую группу субъектов, именуемую сопутствующими субъектами образовательного кредита, образуют поручитель и ВУЗ.

В Постановлении № 699 по сравнению, например, с концепцией Министерства образования и науки Российской Федерации от 19 июня 2006 г. № ПК-7 «Концепция государственной поддержки образовательного кредитования», не упоминается поручитель, однако его следует рассматривать, как субъекта образовательного кредита, поскольку для предоставления образовательного кредита ряд банков требуют наличие поручителей, если студент не работает.

Поручитель – «юридическое лицо, срок деятельности которого составляет не менее 3 лет, с удовлетворительными результатами финансово-хозяйственной деятельности, подтвержденными аудиторскими заключениями по результатам проверки его деятельности, которое в соответствии с договором поручительства обязуется перед банком - участником эксперимента отвечать за исполнение заемщиком его обязательств по договору образовательного кредита и которое заключило с Федеральным агентством по образованию соглашение о возмещении за счет средств федерального бюджета части расходов поручителя по договорам поручительства по образовательным кредитам. В качестве поручителя не может выступать государственное (муниципальное) учреждение».

Поручитель и заемщик несут перед банком - участником эксперимента солидарную ответственность за исполнение заемщиком своих обязательств по договору образовательного кредита. То есть на него автоматически распространяется действие статьи 323 «Права кредитора, при солидарной обязанности» Гражданского Кодекса РФ⁶ согласно которой:

1. При солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга;

2. Кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников, имеет право требовать недополученное от остальных солидарных должников.

3. Солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не исполнено полностью.

Кроме того, следует заметить, что господдержка предоставляется только поручителям. «Поручитель вправе обратиться за возмещением части его расходов в случаях, когда он исполнил перед банками - участниками эксперимента обязательства заемщиков в соответствии с договорами поручительства, а заемщики в свою очередь не исполняют свои обязательства перед поручителем. Для получения возмещения за счет средств федерального бюджета части своих расходов поручители обращаются в Федеральное агентство по образованию с заявками о возмещении части их расходов.

Федеральное агентство по образованию после проверки полноты и правильности оформления представленных документов регистрирует их в порядке поступления. Поручителям направляются уведомления в письменной форме о принятии документов к рассмотрению или (в случае ненадлежащего оформления документов) об отказе в их принятии с указанием причины отказа и срока, отведенного на исправление представленных поручителями документов»⁷.

В выше названом постановлении Правительства предусмотрено, что государственная поддержка предоставления образовательных кредитов распространяется только в отношении студентов образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию⁸.

На сегодняшний день перечень высших учебных заведений, участвующих в эксперименте установлен Приказом Рособразования от 24.03.2008 № 226 «Об утверждении Перечня высших учебных заведений для участия в эксперименте по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию»⁹. Однако следует заметить, что в данный момент составляется новый перечень ВУЗов, участвующих в эксперименте по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию (порядок и критерии отбора образовательных учреждений ВУЗов определен в Приказе Министерства образования и науки Российской Федерации (Минобрнауки России) от 28 сентября 2009 г. № 352 «О реализации постановления Правительства Российской Федерации от 28 августа 2009 г. № 699»¹⁰).

Под ВУЗом в данном Постановлении - 699 понимается - образовательное учреждение высшего профессионального образования, имеющее государственную аккредитацию на срок не менее 5 лет, подавшее в Федеральное агентство по образованию заявку на участие в эксперименте в сроки и по форме, определяемые Министерством образования и науки Российской Федерации, и включенное Федеральным агентством по образованию в перечень вузов для участия в эксперименте, а также заключившее с поручителем соглашение между поручителем и вузом об информационном сотрудничестве по форме, утвержденной Министерством образования и науки Российской Федерации.

Возникает вопрос: как рассматривать некую дискриминацию в отношении остальных учебных заведений различных уровней?

Некоторые авторы расценивают это как заинтересованность государства в стимулировании получения молодыми людьми именно высшего образования. Однако, следует заметить, что ВУЗы в отличие от

других заведений могут в большей степени гарантировать исполнение обязательств, предусмотренных договором. Также необходимо отметить, что это - пока лишь эксперимент, и в дальнейшем можно будет наблюдать интеграцию данного способа получения образования в отношении студентов учебных заведений других уровней.

В соответствии с тем же Постановлением Правительства, следует что: Вузы обязаны представлять в Министерство образования информацию о ходе проведения эксперимента в порядке и сроки, которые определяются Министерством образования и науки Российской Федерации.

Для реализации обязательств, предусмотренных в договоре, необходима государственная поддержка образовательного кредитования. Данную функцию осуществляют уполномоченные на то органы.

Уполномоченный орган (органы) - уполномоченный Правительством РФ федеральный орган (органы) исполнительной власти, осуществляющий функции по координации государственной поддержки предоставления образовательного кредита студентам высших учебных заведений и финансированию расходов на эти цели.

Главной функцией данного органа является государственная поддержка в форме предоставления субсидий на возмещение части затрат по невозвращенным образовательным кредитам, предоставленным заемщику, и субсидий на возмещение части затрат на уплату процентов по образовательным кредитам, предоставляемым заемщику, на весь срок пользования образовательными кредитами, предусмотренный договорами, заключенными банком - участником эксперимента и заемщиком.

Из вышесказанного вытекает, что банкам, по сути, невыгодно работать со студенческими кредитами. Намного перспективнее выдать средства коммерческой структуре под большие проценты и вернуть их через несколько лет. А возвращения средств по образовательным кредитам приходится ждать лет десять, да и процент «невозвращений» достаточно высок. Молодого человека могут забрать в армию, девушка уходит в декрет, -

и кредит замораживается. Получается, что выдача таких кредитов превращается в благотворительность: социально сознательный финансовый донор вкладывает деньги в хороших специалистов и надеется со временем их вернуть.

Хочется так же отметить, что нормативно-правовое закрепление правового статуса субъектов образовательного кредита имеет ряд недостатков, в частности, отмеченная нами выше - излишняя громоздкость формулировок приводит к сокрытию смысла правовых норм. Также в качестве недостатка можно выделить то, что исследуемая форма получения образования связана с получением только высшего образования. В самой Концепции государственной поддержки образовательного кредитования указано, что для государства появляется дополнительная возможность по привлечению специалистов с высшим образованием в те сферы национальной экономики, в которых существует дефицит высококвалифицированных специалистов.

Что касается приведенной выше классификации субъектов образовательного кредита, то она носит в некоторой степени условный характер и отражает только некоторые особенности правового статуса участников кредита. Думается, что в дальнейшем законодатель все-таки решит существующие разногласия и восполнит имеющиеся пробелы в правовом регулировании отношений в сфере образовательного кредита.

¹ Постановление Правительства РФ от 28.08.2009 № 699 «Об изменении условий проведения эксперимента по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию» // Собрание законодательства РФ, 14.09.2009, № 37, ст. 4413

² Паленов Д.А.: «Образовательные кредиты: новые условия эксперимента» // «Регламентация банковских операций. Документы и комментарии», ноябрь-декабрь 2009. № 6.

³ Указ Президента РФ от 04.03.2010 № 271 «Вопросы Министерства образования и науки Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 08.03.2010, № 10, ст. 1057.

⁴ «Концепция государственной поддержки образовательного кредитования» (одобрена Коллегией Минобрнауки РФ 19.06.2006 № ПК-7) // «Официальные документы в образовании», 2007. № 13.

⁵ Ирина Ивойлова, Татьяна Зыкова: комментарий к Постановлению Правительства Российской Федерации от 28 августа 2009 г. № 699 г. Москва «Об изменении условий проведения эксперимента по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию» // «Российская газета» - Федеральный выпуск №4988 (164) от 3 сентября 2009 г.

⁶ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ // «Собрание законодательства РФ», 05.12.1994, № 32, ст. 3301

⁷ Комментарий к организации эксперимента по выдаче образовательных кредитов на базе Воронежского государственного университета // <http://www.vsu.ru/russian/credit/comment.html>

⁸ Смирнов И.Е. Кредит на образование: каким ему быть в России /И.Е.Смирнов / «Банковский ритейл». - 2009 г.- № 4. С. 12.

⁹ Приказ Рособразования от 24.03.2008 № 226 «Об утверждении Перечня высших учебных заведений для участия в эксперименте по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию» // «Бюллетень Минобрнауки РФ», № 6, 2008.

¹⁰ Приказ Министерства образования и науки Российской Федерации (Минобрнауки России) от 28 сентября 2009 г. № 352 «О реализации постановления Правительства Российской Федерации от 28 августа 2009 г. № 699» (вместе с «Порядком и критериями отбора образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию, для участия в эксперименте по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию», "Порядком и сроками представления образовательными учреждениями высшего профессионального образования, имеющими государственную аккредитацию, информации о ходе проведения эксперимента по государственной поддержке предоставления образовательных кредитов студентам образовательных учреждений высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию, в Федеральное агентство по образованию») // «Российская газета», № 240, 15.12.2009

РАЗВИТИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ОХРАНЫ ВЕЩАТЕЛЬНЫХ ПРАВ АВТОРОВ И ИСПОЛНИТЕЛЕЙ

КОВАЛЕВ М.В.,

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

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: телекоммуникация, вещание, push-технологии, pull-технологии, Бернская конвенция 1886 г., Римская конвенция 1961 г., Брюссельская конвенция 1974 г., Интернет-договоры ВОИС 1996 г., Договор ВОИС об аудиовизуальных исполнениях, право на сообщение для всеобщего сведения, право на последующее публичное сообщение (ретрансмиссию), право на эфирное вещание, право на доведение до всеобщего сведения.

В статье рассматриваются технологические аспекты вещания, исследуются материалы Римской конференции 1928 г., Брюссельской конференции 1948 г., Римской конвенции 1961 г. и др. На этом основании сделан вывод о том, что в настоящее время отсутствует единый подход к международной охране вещательных прав авторов и исполнителей. Авторы пользуются наиболее широкой охраной. За ними признается право на сообщение для всеобщего сведения, которое охватывает все виды и способы вещания, и право на последующее сообщение (ретрансмиссию). Исполнителям предоставляется более узкая охрана. Они имеют право на эфирное вещание, на сообщение для всеобщего сведения и на доведение до всеобщего сведения. Эти права не включают отдельные виды вещания - эфирное вещание записанных исполнений, ретрансляцию и др.

Полагая, что, расширение международной охраны вещательных прав исполнителей ставит перед необходимостью разработки общего юридического инструментария, автор предлагает закрепить за авторами и исполнителями единое право на публичное сообщение, которое будет состоять из четырех правомочий - сообщения для всеобщего сведения по проводам, сообщения для всеобщего сведения средствами беспроводной связи, доведения до всеобщего сведения, ретрансмиссии. В то же время содержание каждого из этих четырех правомочий может варьироваться в зависимости от достигнутых международных соглашений.

Keywords: *telecommunication, broadcasting, push-technology, pull-technology, Berne convention 1886, Rome convention 1961, Brussels convention 1974, WIPO Internet treaties 1996, WIPO Audiovisual performances treaty, right of communication to the public, right of broadcasting, right of rebroadcasting and retransmission, right of making available to the public.*

The article deals with technological aspects of broadcasting and the materials of Rome conference 1928, Brussels conference 1948, Rome convention 1961 and other. It is concluded that there is no uniform approach to international protection of authors' and performers' broadcasting rights. Authors enjoy the broadest protection. They have the right of communication to the public, embracing any means and processes of broadcasting, and the right of retransmission. Performers enjoy much narrower protection. They have the right of communication to the public only in respect to live performances, whereas in respect to fixed performances they have the right of broadcasting by pull-technology and the rights of remuneration for broadcasting by push-technology. Moreover performers don't enjoy the right of retransmission.

Considering it necessary having common legal concepts it is proposed that authors and performers would enjoy the uniform right – right of communication to the public. This right must give authors and performers the possibility to authorize four distinct acts - broadcasting, communication to the public by wire, making

available to the public and retransmission. At the same time the boundaries of these possibilities may vary in accordance to international agreements.

I. Технологические аспекты вещания

1. Вещание представляет собой разновидность телекоммуникации.

2. Слово телекоммуникация образовано в результате объединения двух слов – греческого слова теле (τῆλε), которое означает удаленное и латинского слова коммуникация (communicare), которое означает сообщение¹. В течение долгого времени эти слова использовались отдельно. Так, начиная с 17 века в язык вошло слово телескоп (удаленное видение), с конца 18 века – слово телеграф (удаленное письмо). В 1904 г. Edouard Estaunié выпустил книгу под названием «Практический трактат об электрической телекоммуникации». Это положило начало использованию нового слова – телекоммуникация².

3. Телекоммуникация представляет собой процесс, с помощью которого осуществляется передача звуков, изображений и других сообщений на удаленное расстояние. Этот процесс начинается с преобразования сообщения в сигнал, продолжается распространением сигнала и заканчивается преобразованием сигнала в сообщение³.

4. В ходе юридического анализа телекоммуникации необходимо проводить различие между а) передаваемым сообщением и б) передающим сигналом⁴.

а) Передаваемое сообщение – это совокупность звуков и (или) изображений, например, художественный фильм, транслируемый по телевидению, или музыкальное произведение, передаваемое по радио. С развитием технологии к передаваемым сообщениям начинают относить помимо звуков или (или) изображения также их отображения в цифровой форме.

Для обозначения передаваемого сообщения в международных актах используется разные термины.

Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1886 г. (далее - Бернская конвенция)⁵, Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (далее – Римская конвенция)⁶ и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.⁷ такое сообщение называет непосредственно

«знаки, звуки или изображения» (п. 1 ст. 11bis Бернской конвенции),

«звуки и (или) изображения» (ст. 3 (f) Римской конвенции),

«звуки или изображения, или изображения и звуки, либо их отображения» (ст. 2 (f) Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам).

Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники 1974 г. (далее - Брюссельская конвенция)⁸ такое сообщение обозначает термином «программа». Под программой понимается «совокупность материалов, получаемых непосредственно или в записи, состоящих из изображений, звуков или изображений и звуков, передаваемых посредством сигналов с целью последующего распространения (ст. 1(ii) Брюссельской конвенции).

б) Передающий сигнал – это физический процесс, способный к распространению на больших расстояниях. Понятие сигнала раскрывается в ст. 1(i) Брюссельской конвенции следующим образом:

«Сигнал» - создаваемая с помощью электронных средств несущая частота, способная передавать программы».

Между программой и сигналом существует неразрывная связь. Программа преобразуется в сигнал, или, рассматривая этот вопрос по-другому, сигнал несет программу.

5. В зависимости от адресата сигнала различается телекоммуникация, осуществляемая для приема публикой, и телекоммуникация, не предназначенная для этого.

6. Телекоммуникация, осуществляемая для приема публикой, называется вещанием. Различается три типа вещания: а) эфирное вещание б) кабельное вещание и в) интернет-вещание.

а) Эфирное вещание

Существует два вида эфирного вещания: наземное и спутниковое.

Технологической основой первого вида является передающая сеть. Она состоит из двух базовых элементов: основной радиостанции и промежуточных радиостанциях. Основная радиостанция - начальное звено передающей сети. Она формирует сигнал и транслирует его, т.е. сообщает в эфир. Радиус действия основной радиостанции ограничен зоной прямой видимости. Поэтому для передачи сигнала на значительное расстояние необходимо установить большое количество промежуточных радиостанций. Каждая такая станция принимает сигнал от соседней станции, усиливает и ретранслирует его, т.е. передает дальше - следующей промежуточной станции⁹.

Наземное вещание оставалось основным способом радио- и телепередач вплоть до конца двадцатого века. С 1990 годов начинает широко внедряться спутниковое вещание.

При спутниковом вещании технология распространения сигнала не претерпела существенных изменений. Основная радиостанция формирует сигнал и транслирует его на промежуточную радиостанцию. Промежуточная радиостанция принимает сигнал и осуществляет его ретрансляцию. Особенность спутникового вещания заключается в местоположении промежуточной радиостанции. Эта радиостанция устанавливается на спутник, который выносится в Космос на большую высоту. Поскольку зона видимости в этом случае - почти половина Земного шара, необходимость в других промежуточных радиостанциях отпадает¹⁰.

б) Кабельное вещание

Эфирное вещание, особенно в первое время, не могло охватить наиболее удаленные регионы. В этих условиях появилось кабельное

вещание. Оно осуществляло прием сигнала, усиление и ретрансляцию его по кабелю. Таким образом, первоначально кабельное вещание выполняло функции промежуточной станции. Впоследствии кабельное вещание стало использоваться для передачи собственных программ¹¹.

в) Интернет-вещание

В 1990 г.г. начинает широко развиваться интернет-вещание. Этот вид вещания использует традиционные каналы передачи данных – сообщение в эфир и сообщение по кабелю. Но при этом он отличается некоторыми особенностями в распространении сигналов.

Существует два метода распространения сигналов через интернет - streaming и download. Streaming работает как обычное вещание. Передача программы и ее прием осуществляется, минуя промежуточную стадию записи. Чаще всего, так происходит «живая» трансляция. В отличие от этого download предполагает запись вещателем программы на свой компьютер и последующее закачивание соответствующей программы пользователем на свой компьютер¹².

Необходимо отметить, что принципиальное различие между рассматриваемыми методами заключается в существовании при download и отсутствии при streaming промежуточной стадии записи. Не имеет значения, как воспринимает передачу пользователь. По этой причине технология, позволяющая воспроизводить программу одновременно с ее записью, относится к download, так называемому progressive download, а не к streaming¹³.

7. С развитием цифровых технологий расширяется сфера интерактивного вещания.

Интерактивное вещание предполагает возможность аудитории влиять на ход радио- и телепередач. Первоначально это влияние не выходило за рамки простой трансляции песен по заявкам слушателей и зрителей или ответов на их вопросы в прямом эфире и т.п. В последнее время становится

все более доступным персональное вещание. В этой связи начинает проводиться различие между push-технологиями и pull-технологиями.

Push-технологии основываются на предоставлении доступа к произведениям в определенном месте и в определенное время, выбранное вещательной организацией¹⁴. Эти технологии являются традиционными для радио и телеканалов. Так, например, чтобы посмотреть программу «Время» 1 канала необходимо, находясь в Москве, включить телевизор в 21:00. Pull-технологии, напротив, позволяют слушателям и зрителям самим выбирать место и время передачи¹⁵. Эти технологии наиболее широко применяются в среде интернет. Так, например, доступ к отдельным сюжетам программы «Время» можно получить на сайте 1 канала, находясь в любом месте и в любое время¹⁶.

II. Вещательные права авторов

1. С 1920 годов вещание начинает широко использоваться для передачи музыкальных и других произведений. Это послужило основанием для признания на Римской конференции 1928 г. исторически первого вещательного права авторов – права на публичное сообщение (communication to the public) произведений с помощью радио-диффузии (ст. 11bis Римского акта Бернской конвенции)¹⁷.

Данное право ограничивалось радиовещанием и действовало в отношении беспроводной передачи сигнала. При этом в национальных законодательствах допускалось определять «условия осуществления права, предусмотренного предшествующим пунктом» (п. 2 ст. 11bis Римского акта Бернской конвенции)¹⁸.

Однако в интересах авторов было установлено, что «действие этих условий будет строго ограничено пределами стран, которые их установили» и «эти условия ни в коем случае не могут ущемлять ни неимущественных прав автора, ни принадлежащего автору права на получение справедливого

вознаграждения, устанавливаемого при отсутствии соглашения компетентным органом (п. 2 ст. 11bis Римского акта Бернской конвенции)¹⁹.

2. С развитием технологии значительно расширилась географическая зона радиовещания, возникло телевидение, передачи стали использоваться для привлечения публики ресторанами, отелями и др. Это привело к необходимости усиления защиты авторов. В этих целях Брюссельская конференция 1948 г. приняла 3 нововведения.

Прежде всего, право на публичное сообщение было расширено и стало включать в себя помимо радиовещания также и телевещание. При этом о самом телевещании прямо не говорилось. Было решено использовать общую формулировку, которая «может оказаться более дальновидной, чем Конференция в области, где технология способна преподнести сюрпризы»²⁰:

«Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать: (i) радио-диффузию своих произведений или их публичное сообщение любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений» (п. 1 ст. 11bis Брюссельского акта Бернской конвенции)²¹.

Во-вторых, было уточнено, что сфера действия рассматриваемого права ограничивается только случаями передачи сигнала по одной передающей сети. Одновременная передача по другой передающей сети требует отдельного разрешения авторов. Соответственно за авторами было дополнительно признано право на «всякое публичное сообщение, будь то по проводам или средствами беспроводной связи, повторно передаваемого в эфир произведения, если такое сообщение осуществляется иной организацией, нежели первоначальная» (п. 1(ii) ст. 11bis Брюссельского акта Бернской конвенции)²².

Наконец, было установлено, что все указанные действия не могут выходить за рамки слушателей и зрителей, принимающих сигнал в семейном кругу. Поэтому «авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать...(iii)

публичное сообщение переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аппарата, передающего знаки, звуки или изображения» (п. 1 ст. 11bis Брюссельского акта Бернской конвенции)²³.

3. Курс на усиление защиты авторов в сфере вещания был продолжен с установлением на Стокгольмской конференции 1967 г. права на передачу любым способом для всеобщего сведения (any communication to the public). Это право стало охватывать эфирное и кабельное вещание. Но при этом оно существенно ограничивалось. Охраной пользовались только постановки драматических и музыкально-драматических произведений, исполнения музыкальных произведений, чтения литературных произведений, а также кинематографические произведения и произведения, переработанные или воспроизведенные в кинематографическом виде (п. 1(ii) ст. 11, п. 1(ii) ст. 11ter, п. 1(ii) ст. 14, п. 1 ст. 14bis Стокгольмского акта Бернской конвенции).

4. Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. устранил это ограничение, признав за всеми авторами «исключительное право разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи» (ст. 8 Договора).

При этом уточнялось, что соответствующее право включает вещание с использованием pull-технологий и предоставляет авторам возможность разрешать «доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору» (Там же).

Однако положения п. 2 ст. 11bis Бернской конвенции не затрагивались.

Выводы

Таким образом, в результате развития международного законодательства за авторами было признано два вещательных права: право на публичное сообщение и право на последующее публичное сообщение.

Первое право распространяется на все произведения и включает в себя все виды и способы вещания: эфирное вещание, кабельное вещание, интернет-вещание, вещание с помощью push-технологий, вещание с помощью pull-технологий. Второе право действует в отношении произведений, переданных в эфир, и рассчитано на одновременное вещание (ретрансмиссию) по другой передающей сети всеми видами и способами передачи сигналов.

Вместе с тем государства могут устанавливать на своих территориях свободу публичного сообщения и последующего публичного сообщения при условии предоставления авторам гарантии на выплату справедливого вознаграждения.

III. Вещательные права исполнителей

1. Международная охрана исполнителей была установлена Римской конвенцией. Эта охрана включала возможность предотвращать «осуществление... передач в эфир или для всеобщего сведения... исполнения за исключением случаев, когда используемое для передачи в эфир или для всеобщего сведения исполнение уже передано в эфир или осуществляется с использованием записи» (п. 1(а) ст. 7 Римской конвенции).

Государства-участники Римской конвенции могли применять разные формы охраны – предоставление прав, введение уголовных запретов и др. Эта охрана должна была действовать только в отношении «живых» исполнений. После того, как осуществлялась запись исполнения на каком-либо материальном носителе (пластинка, киноплёнка и т.п.), допускалось свободное публичное сообщение такой записи. Однако при этом было установлено одно условие. Исполнителям должна была гарантироваться выплата справедливого вознаграждения. В этой связи ст. 12 Римской конвенции предусмотрела: «Если фонограмма, опубликованная в коммерческих целях, или воспроизведение такой фонограммы используется

непосредственно для передачи в эфир или для сообщения любым способом для всеобщего сведения, пользователь выплачивает разовое справедливое вознаграждение исполнителям или производителям фонограмм, либо обеим категориям правообладателей. При отсутствии соглашения между этими сторонами условия распределения этого вознаграждения могут определяться внутренним законодательством».

Процитированная норма распространялась только на публичное сообщение звуковых записей исполнений (так называемое вторичное использование фонограмм) и допускала исключения.

Прежде всего, ст. 12 Римской конвенции обязывала государства-участников обеспечить выплату вознаграждения «исполнителям или производителям фонограмм, либо обеим категориям правообладателей». Следовательно, исполнители могли не входить в число бенефициаров.

Во-вторых, любое государство-участник могло «в любое время путем уведомления, направленного Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций... заявить, что:

(а) в отношении Статьи 12 оно:

(i) не будет применять положения этой Статьи;

(ii) не будет применять положения этой Статьи в отношении определенных видов использования;

(iii) не будет применять эту Статью в отношении фонограмм, производитель которых не является гражданином другого Договаривающегося государства;

(iv) ограничит охрану, предоставляемую в соответствии с этой Статьей, в отношении фонограмм, производитель которых является гражданином другого Договаривающегося государства в таком объеме и на такой срок, которыми это государство ограничивает охрану, предоставленную на фонограммы, запись которых впервые осуществлена гражданином государства, делающего соответствующее заявление; однако тот факт, что Договаривающееся государство, гражданином которого

является производитель фонограмм, не предоставляет охрану тому же бенефициарию или бенефициариям, что и государство, делающее заявление, не рассматривается в качестве фактора, влияющего на объем охраны» (п. 1 ст. 16 Римской конвенции).

2. Римская конвенция исключила из под действия охраны ретрансляцию, установив в п. 2 (1) ст. 7:

«Если передача в эфир осуществляется с согласия исполнителей, то охрана в отношении ретрансляции, осуществления записи с целью передачи в эфир или воспроизведения такой записи с целью передачи в эфир регулируется внутренним законодательством Договаривающегося государства, в котором испрашивается такая охрана».

3. Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. усилил защиту исполнителей, предоставив им три исключительных права: право разрешать «эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих незаписанных исполнений, за исключением случаев, когда исполнение уже передавалось в эфир» (ст. 6 Договора) и «доведение до всеобщего сведения своих исполнений, записанных на фонограммы, по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору» (ст. 10 Договора).

Таким образом, с принятием Договора охрана исполнений могла осуществляться только в форме исключительного права.

Объем охраны в рамках первых двух прав не изменился. Охрана продолжала действовать только в отношении «живых» исполнений и не распространялась на ретрансмиссию. Но были установлены более жесткие требования о выплате исполнителям вознаграждения за публичное сообщение записи. В соответствии со ст. 15 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.: «(1) Исполнители и производители фонограмм пользуются правом на единовременное справедливое вознаграждение за прямое или косвенное использование фонограмм, опубликованных в

коммерческих целях, для эфирного вещания или любого сообщения для всеобщего сведения.

(2) Договаривающиеся Стороны в своем национальном законодательстве могут установить, что единовременное справедливое вознаграждение вправе требовать у пользователя исполнитель или производитель фонограммы, либо и исполнитель и производитель фонограммы. Договаривающиеся стороны могут принять национальное законодательство, которое при отсутствии соглашения между исполнителем и производителем фонограммы устанавливает условия, в соответствии с которыми единовременное справедливое вознаграждение распределяется между исполнителями и производителями фонограмм».

Таким образом, п. 2 ст. 15 Договора не допускает исключать исполнителей из числа бенефициаров. Возможность делать оговорки по этому вопросу, впрочем, остается:

«Любая Договаривающаяся Сторона в уведомлении, сданном на хранение Генеральному директору ВОИС, может заявить, что она будет применять положения пункта (1) только в отношении некоторых видов использования или что она ограничит их применение каким-либо иным образом, или что она вообще не будет применять эти положения» (п. 3 ст. 15 Договора).

Третье право предоставило исполнителям возможность определять условия вещания с помощью pull-технологий.

Выводы

Таким образом, в результате развития международного законодательства за исполнителями было признано два вещательных права: право на публичное сообщение «живых» исполнений и право сделать доступными записанные исполнения.

Первое право распространяется на все исполнения и включает в себя любые виды и способы вещания: эфирное вещание, кабельное вещание, интернет-вещание, вещание с помощью push-технологий, вещание с

помощью pull-технологий. Второе право действует в отношении исполнений, записанных на фонограммы, и рассчитано на вещание с помощью pull-технологий.

В случае публичного сообщения исполнений, записанных на фонограммы, с помощью push-технологии исполнителям должна гарантироваться возможность получения единовременного справедливого вознаграждения. Однако национальные законодательства могут исключить или ограничить такую возможность.

Исполнители не пользуются правом на ретрансмиссию.

IV. Сравнение международных вещательных прав авторов и исполнителей

При сравнении международных авторских и исполнительских прав на вещание можно прийти к следующим выводам.

1. Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать все виды и способы вещания: эфирное вещание, кабельное вещание, интернет-вещание, вещание с помощью push-технологий, вещание с помощью pull-технологий. Таким же правом исполнители обладают только в отношении «живых исполнений». На записанные исполнения действует исключительное право разрешать вещание с помощью pull-технологий и право на получение вознаграждение за вещание с помощью push-технологий. Последнее право может быть исключено или ограничено в национальных законодательствах.

2. Для обозначения соответствующих прав Бернская конвенция и Договор ВОИС по авторскому праву используют единый термин - «право на сообщение для всеобщего сведения». Этот термин раскрывается путем указания на «сообщение для всеобщего сведения по проводам», «сообщение для всеобщего сведения средствами беспроводной связи» и «доведение до всеобщего сведения». Таким образом, Бернская конвенция и Договор ВОИС

по авторскому праву устанавливает единое право на публичное сообщение, которое состоит из трех правомочий. В Римской конвенции и Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам для обозначения соответствующих прав используется три термина – «эфирное вещание», «сообщение для всеобщего сведения» и «доведение до всеобщего сведения». Таким образом, каждое право носит самостоятельный характер.

3. Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать последующее публичное сообщение (правом на ретрансмиссию). Таким же правом исполнители не обладают.

4. Бернская конвенция и Договор ВОИС по авторскому праву допускают возможность устанавливать условия осуществления права на публичное сообщение и права на последующее публичное сообщение при соблюдении личных неимущественных прав автора и принадлежащего автору права на получение справедливого вознаграждения. Такого положения ни Римская конвенция, ни Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам не предусматривает.

V. Дальнейшее развитие международного законодательства в области охраны вещательных прав исполнителей

Дальнейшее развитие международного законодательства связывается с расширением охраны аудиовизуальных исполнений. В этой связи планируется принятие Договора об аудиовизуальных исполнениях. На Дипломатической конференции, проходившей в Женеве с 7 декабря по 20 декабря 2000 г., удалось достичь предварительного соглашения относительно 19 статей этого договора. По одной статье остались разногласия²⁴.

Предварительное соглашение идет дальше Договора по исполнениям и фонограммам 1996 г. и устраняет различия в охране «живых» и записанных исполнений, вплотную приближаясь к международному законодательству об

охране авторских прав. В этой связи за исполнителями признается четыре исключительных права:

1) право на «эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих незаписанных исполнений, за исключением случаев, когда исполнение уже передавалось в эфир» (ст. 6 Предварительного соглашения)²⁵,

2) право на «доведение до всеобщего сведения своих исполнений, зафиксированных в аудиовизуальной записи, по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору» (ст. 10 Предварительного соглашения)²⁶

3) право на «эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих исполнений, зафиксированных в аудиовизуальной записи» (п. 1 ст. 11 Предварительного соглашения)²⁷.

Однако при подписании Договора или присоединения к нему за государствами сохраняется возможность сделать заявление, что они:

1) вместо третьего права предоставят право на справедливое вознаграждение или

2) предоставят это право только в отношении некоторых видов использования, или

3) ограничат его применение каким-либо иным образом, или

4) вообще не будут предоставлять соответствующего права (п. 2 и 3 ст. 11 Предварительного соглашения)²⁸.

Расширение международной охраны вещательных прав исполнителей ставит перед необходимостью разработки единого юридического инструментария. Представляется целесообразным закрепить за авторами и исполнителями единое право на публичное сообщение, которое будет состоять из четырех правомочий - сообщения для всеобщего сведения по проводам, сообщения для всеобщего сведения средствами беспроводной связи, доведения до всеобщего сведения и ретрансмиссии. В то же время

объем каждого из этих правомочий может варьироваться в зависимости от достигнутых международных соглашений.

¹Telecommunication // Wikipedia.org: сайт. Дата обновления: 23.01.2010. URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Telecommunication> (дата обращения: 23.01.2010).

²Dilhac J-M. From tele-communicare to Telecommunications // IEEE.org : сайт. Систем. требования: PDF. URL: http://www.ieee.org/portal/cms_docs_iportals/iportals/aboutus/history_center/conferences/che_2004/Dilhac.pdf (дата обращения: 23.01.2010).

³См., например: Gokhale Anu A. Introduction to Telecommunications. 2nd ed. N-Y : Cengage Learning, 2004. P. 2 а.о.

⁴См., например: Protection of broadcasting organizations : Technical background paper prepared by the Secretariat // WIPO, Standing committee on copyright and related rights, 7th session, 13-17 May 2002. Geneva. April 4, 2002. P. 5. Систем. требования: PDF. URL : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_8.pdf (дата обращения: 23.01.2010); Пересмотренный проект Основного предложения в отношении договора ВОИС по охране прав организаций эфирного вещания // ВОИС, Постоянный комитет по авторскому праву и смежным правам : 15 сессия, 11-13 сентября 2006 г., Женева, 31 июля, 2006. С. 30. URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/ru/sccr_15/sccr_15_2.pdf (дата обращения: 23.01.2010).

⁵ Официальный текст Бернской конвенции на русском языке доступен на сайте ВОИС по адресу: URL : <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/berne.html> (дата обращения: 23.01.2010).

⁶ Неофициальный перевод Римской конвенции на русский язык доступен на сайте ВОИС по адресу: URL: http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/rome/rome_convention.htm (дата обращения: 23.01.2010).

⁷ Аутентичный текст Договора ВОИС по исполнению и фонограммам 1996 г. на русском языке доступен на сайте ВОИС по адресу: URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wppt/wppt.html> (дата обращения: 23.01.2010).

⁸ Аутентичный текст Брюссельской конвенции на русском языке доступен на сайте ВОИС по адресу: URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/brussels/brussels.html> (дата обращения: 23.01.2010).

⁹ Варбанский А. М. Телевизионная передающая сеть // Большая советская энциклопедия. М. 1969-1978 // bse.sci-lib.com : сайт. Дата обновления: 23.01.2010. URL: <http://bse.sci-lib.com/article109536.html> (дата обращения: 23.01.2010). Его же. Телевизионная станция. Там же. Дата обновления: 23.01.2010. URL: <http://bse.sci-lib.com/article109539.html> (дата обращения: 23.01.2010). Гусятинский И. А. Радиорелейная связь. Там же. Дата обновления: 23.01.2010. URL: <http://bse.sci-lib.com/article094985.html> (дата обращения: 23.01.2010).

¹⁰ Спутниковая связь // Wikipedia.org: сайт. Дата обновления: 23.01.2010. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/Спутниковая_связь.

¹¹См., например: Protection of broadcasting organizations: terms and concepts: Working paper prepared by the Secretariat // WIPO, Standing committee on copyright and related rights, 8th session, 4-8 November 2002. Geneva. August 16, 2002. P. 6. Систем. требования: PDF. URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_8/sccr_8_inf_1.pdf (дата обращения: 23.01.2010).

¹²См., например: Protection of broadcasting organizations: Technical background paper ... P. 11; Study on the Socio Economic Dimension of the Unauthorized Use of signals : Part I : Current Market and Technology Trends in the Broadcasting Sector // Screen Digest Ltd, London: WIPO, Standing committee on copyright and related rights, 19th session, 11-14 December 2009. Geneva. November 30, 2009. P. 13-14. Систем. требования: PDF. URL : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_19/sccr_19_12.pdf (дата обращения: 23.01.2010).

¹³ Study on the Socio Economic Dimension. P. 14.

¹⁴ Термин push-технологии происходит от слова push – толкать.

¹⁵ Термин pull-технологии происходит от слова от слова pull – тянуть.

¹⁶См., например: Protection of broadcasting organizations: Technical background paper ... P. 11-12.

¹⁷Berne convention for the protection of literary and artistic works : Rome act, 1928 // Ricketson S., Ginsburg Jane C. International copyright and neighbouring rights: The Berne Convention and Beyond. Vol. 2. 2nd ed. New York – Oxford: Oxford University Press, 2006. Appendix, p. 16 // oup.com : companion website. Систем. требования: PDF. URL: <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550019> (дата обращения 24.01.2010).

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰Records of the Conference : General Report on the Work of the Brussels Diplomatic Conference for the Revision of the Berne Convention, 1948, June 25-26 // Ricketson S., Ginsburg Jane C. Op. cit. // oup.com : companion website. Систем. требования: PDF. URL: <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550028> (дата обращения 24.01.2010).

²¹Berne convention for the protection of literary and artistic works : Brussels Act, 1948 // Ricketson S., Ginsburg Jane C. Op. cit. // oup.com : companion website. Систем. требования: PDF. URL: <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550020> (дата обращения 24.01.2010).

²²Ibid.

²³Ibid.

²⁴Diplomatic Conference on the Protection of Audiovisual Performances : Memorandum of the Director General // WIPO, Assemblies of the Member States, 36th Series of Meetings, September 24 to October 3, 2001. Geneva. June 18, 2001. P. 1. Систем. требования: Doc. URL: www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_36/a_36_9.doc (дата обращения: 24.01.2010).

²⁵Op. cit. P. 5.

²⁶Op. cit. P. 6.

²⁷Ibid.

²⁸Ibid.

ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ УДОСТОВЕРЕНИЕ НОТАРИУСОМ СДЕЛОК, НАПРАВЛЕННЫХ НА ОТЧУЖДЕНИЕ ДОЛИ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ ООО

ЛОМАКИНА Е.В.,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: общество с ограниченной ответственностью, нотариус, доля, часть доли в уставном капитале.

Статья посвящена актуальным проблемам порядка удостоверения нотариусом сделок, направленных на отчуждение, залог доли, части доли в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью. Проанализированы те обязательные действия, которые нотариус должен совершить при удостоверении указанных сделок, приведены и раскрыты те документы, которые необходимо истребовать для удостоверения договоров отчуждения, залога доли, части доли в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью.

Keywords: a society with limited liability, the notary, a share, a share part in an authorised capital stock.

Article is devoted actual problems of an order of the certificate by the notary of the transactions directed on alienation, pledge of a share, a share part in an authorised capital stock of societies with limited liability. Those obligatory actions which the notary should make at the certificate of the specified transactions are analysed, those documents which are necessary for obtaining on

demand for the certificate of contracts of alienation, pledge of a share, a share part in an authorised capital stock of societies with limited liability are resulted and opened.

В настоящее время общество с ограниченной ответственностью (далее - ООО) является наиболее распространенной организационно-правовой формой существования организации. Однако в отличие от других организационно-правовых форм юридических лиц, таких, как акционерное общество, для данной организационно-правовой формы отсутствует какой-либо публичный контроль внутрикорпоративной деятельности, не существует механизма учета и индивидуализации долей участия в уставном капитале обществ, возможное создание фиктивных юридических лиц в форме обществ с ограниченной ответственностью, "рейдерство". Названные проблемы потребовали принятия законодательных мер, связанных с созданием механизма, позволяющего, прежде всего, сохранять и восстанавливать корпоративный контроль за отчуждением долей в обществах с ограниченной ответственностью.

С этой целью 24 декабря 2008 г. принят Федеральный закон № 312-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации". Данный законодательный акт установил новые требования к порядку, процедуре и форме отчуждения долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью.

Для создания целостного механизма правового регулирования отчуждения долей в уставном капитале общества указанным Законом внесены изменения в Гражданский кодекс РФ, в Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью", в Основы законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1, в Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ "О государственной

регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей", вступивших в силу с 1 июля 2009 г.

В соответствии с п. 11 ст. 21 Закона об ООО сделка, направленная на отчуждение доли (ее части) в уставном капитале общества, подлежит нотариальному удостоверению. Доля (ее часть) в уставном капитале переходит к приобретателю с момента нотариального удостоверения сделки, направленной на отчуждение доли (ее части) в уставном капитале общества (п.12 ст. 21 Закона об ООО). Согласно п. 2 ст. 22 Закона об ООО договор залога доли (ее части) в уставном капитале общества также подлежит нотариальному удостоверению. Несоблюдение нотариальной формы указанных сделок влечет за собой их недействительность.

Обязательному нотариальному удостоверению подлежат следующие сделки с долями (частями долей) в ООО:

- продажа участнику (участникам) общества не в рамках реализации преимущественного права покупки;
- продажа третьим лицам,
- дарение участникам и третьим лицам,
- залог участникам и третьим лицам.

После нотариального удостоверения сделки, направленной на отчуждение доли (ее части) в уставном капитале общества переход доли (ее части) может быть оспорен только в судебном порядке путем предъявления иска в арбитражный суд.

Нотариальное удостоверение сделок, направленных на отчуждение доли (ее части) в уставном капитале общества не требуется в случаях также прямо предусмотренных в законе:

- в порядке, предусмотренном ст.ст. 23 и 26 Закона об ООО, т.е. в результате приобретения обществом доли (ее части) в уставном капитале общества и при выходе участника общества из общества,
- при продаже долей, принадлежащих обществу (распределения доли между участниками общества и продажи доли всем или некоторым

участникам общества либо третьим лицам) в соответствии со ст. 24 Закона об ООО,

- при использовании преимущественного права покупки путем направления оферты о продаже доли (ее части) и ее акцепта (п. 2 ст. 432 ГК РФ, п.п. 5-7 ст. 21 Закона об ООО). Такая сделка признается заключенной с момента получения акцепта (п.1 ст.433 ГК РФ).

Доля в уставном капитале является ключевым понятием не только для законодательства об обществах с ограниченной ответственностью. Исходя из ст. 66 ГК РФ, деление уставного (складочного) капитала на доли участников характерно для всех хозяйственных обществ и товариществ. Наряду с термином "доля в уставном капитале" законодательство также использует термин "доля участника". При этом, судя по использованию этих терминов в конкретных статьях (п. 2 ст. 66, ст. 79, 85, 89, 93 ГК РФ), можно сделать вывод о том, что законодатель понимает их как синонимы.

Понятие доли участника не является новшеством нашего законодательства. Первое упоминание о доле в общем предприятии встречается еще в I в. до н.э. в Древнем Риме. Для обозначения долей в товариществах публиканов (*societates publicanorum*) римляне использовали термин *partes (pars)*¹.

Кроме того и уступка доли участия встречается уже на самых ранних стадиях развития коммерческих объединений. По словам П.А. Писемского, право отчуждать свои доли (*partes, pars*) имели члены римских публиканорий² (I в. до н.э.).

С.А. Муромцев также отмечал, что *pars* "ходили на рынке, подобно нашим акциям, повышаясь и понижаясь в курсе"³. И.Т. Тарасов, однако, возражал, что институт отчуждения долей участия появился позднее, в XII в., и связан с германскими *Gewerkschaften*⁴.

В Европе в XII в. встречается упоминание о так называемых куксах - долях в горных товариществах⁵ (*Gewerkschaften*). В.В. Долинская указывает, что в XII в. наблюдалось настолько сильное развитие торговли куксами, что

это привело к появлению особых посредников, распространению спекуляции и вмешательству государства⁶. При этом продажа куксов производилось по правилам отчуждения недвижимого имущества. Известны были также паи в морских товариществах, действовавших в Средние века. Исторические данные свидетельствуют о том, что эти паи были равны между собой и имели бездокументарную форму.

В 1892 г. в Германии появляются общества с ограниченной ответственностью (Закон "О товариществах с ограниченной ответственностью"). Вместе с ними появляется и понятие доли в обществе с ограниченной ответственностью. Позднее аналогичные законы принимаются в Австрии (1906 г.) и Франции (1925 г.). А.И. Каминка связывал необходимость признания отчуждаемости долей с тем, что товарищества с ограниченной ответственностью были капиталистическими организациями и их уставный капитал не мог быть произвольно уменьшен⁷.

Первое упоминание о доле в товариществе на Руси связано с товариществами на паях (складничества), которые действовали в северо-западных русских городах (об этом свидетельствует, в частности, грамота Великого Новгорода 1417 г. Н.Н. Дебольский пишет следующее: учреждая товарищество на паях, "люди договариваются, чтобы при нарушении товарищества выходящий не продавал своего права никому другому, кроме других членов товарищества"⁸. Далее понятие о доле участия развивается в нашем законодательстве в связи с формой акционерных компаний (конец XVII в.). В.В. Долинская отмечает, что в 1698 г. в России была выдвинута инициатива "устроить компанию, в которую мог вступить любой человек путем покупки "порций" или "акциев"⁹.

В дореволюционной России в силу отсутствия формы общества с ограниченной ответственностью в законодательстве прямое регулирование продажи доли в данной организационно-правовой форме не встречается. Вместе с тем свидетельства о продаже участия в общем предприятии присутствуют уже в XIII в. Так, по словам Н.Н. Дебольского, члены

товариществ на паях, действовавших в северо-западных русских городах, могли продать свое право другим членам товарищества. При этом в этих товариществах выходящий пайщик соглашался не продавать "свое право никому, кроме других членов товарищества"¹⁰.

Допустимость уступки прав участия в простых товариществах в XIX в. была закреплена в проекте Гражданского Уложения. По смыслу ст. 692 проекта принадлежащие товариществу права по товарищескому договору могут быть уступаемы другому лицу, однако лишь с согласия всех остальных товарищей. Без согласия товарищей, как было сказано выше, могло быть уступлено право на получение прибыли, причитающейся на долю товарища¹¹.

В советский период, несмотря на то что ГК РСФСР 1922 г. предусмотрел форму товарищества с ограниченной ответственностью, ни одна из статей кодекса не была посвящена регулированию долей в таких товариществах. В.А. Краснокутский отмечал крайнюю бедность положительного законодательства того времени: товариществам с ограниченной ответственностью были посвящены всего лишь четыре статьи (318-321)¹².

Более детальное регулирование доли в обществах с ограниченной ответственностью получили в начале 1990-х гг.: в Постановлении Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590 "Положение об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью", а также в Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 "О предприятиях и предпринимательской деятельности". При этом именно данные нормативно-правовые акты стали впервые использовать термин "доля в уставном капитале" (ранее использовались термины "доля в товариществе", "доля участия", "пай"). Этот термин был позднее использован Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. № 2211-1 (п. 5 ст. 19 Основ).

Наиболее детальное регулирование доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью получили в действующем ГК РФ и в Законе об ООО. Однако ни ГК РФ, ни Закон об ООО не дали легального определения этому понятию и не отнесли его к какому-либо объекту гражданского оборота.

Из отдельных норм действующего законодательства можно вывести лишь то, что доля участника общества является имуществом. Так, согласно п. 1 ст. 25 Закона об ООО обращение по требованию кредиторов взыскания на долю (часть доли) участника общества в уставном капитале общества по долгам участника общества допускается только на основании решения суда при недостаточности для покрытия долгов другого имущества участника общества.

В соответствии с п. 2 ст. 34 Семейного кодекса РФ общим имуществом супругов являются приобретенные за счет общих доходов супругов движимые и недвижимые вещи, ценные бумаги, паи, вклады, доли в капитале, внесенные в кредитные учреждения или в иные коммерческие организации, и любое другое нажитое супругами в период брака имущество. Данный аспект необходимо обязательно учитывать при удостоверении названных выше договоров.

Поскольку, если стороной сделки является физическое лицо, нотариусу необходимо истребовать нотариально удостоверенное согласие супруга на совершение сделки (ст. 35 СК РФ), за исключением сделки по отчуждению доли (ее части) в уставном капитале общества, приобретенной участником общества на основании безвозмездных сделок, до регистрации брака или в порядке наследования, а также за исключением сделки по отчуждению доли (ее части) в уставном капитале, которая принадлежит участнику общества в режиме раздельной собственности на основании брачного договора. В последнем случае нотариусу предъявляется брачный договор. Если лицо не состоит в зарегистрированном браке нотариусу предоставляется письменное заявление об этом данного лица.

Кроме того, участник общества обладает правом на долю в обществе, которое представляет собой совокупность имущественного права (получение дивидендов, распределение прибыли и т.д.) и обязательственного, корпоративного права (участвовать в управлении делами общества, знакомиться с его документацией и т.д.). Исходя из правовой природы корпоративной составляющей права на долю общества, это право может осуществляться только самим участником общества. В случае приобретения доли общества лицом, состоящим в браке, указанная доля в силу статьи 34 СК РФ поступает в общую совместную собственность супругов (при отсутствии брачного договора), однако участником общества является только один супруг, - тот, на чье имя оформлена доля общества¹³.

Супруг участника общества, являющийся сособственником доли общества в силу статьи 34 СК РФ, должен рассматриваться по отношению к самому обществу как третье лицо, а не как участник общества. Таким образом, при рассмотрении вопроса о возможности перехода доли общества к супругу, не являющемуся участником общества, необходимо учитывать требования, установленные Федеральным законом и уставом общества для третьих лиц.

Статьей 21 (пункт 2) Федерального закона определено, что если отчуждение доли общества третьим лицам не запрещено уставом общества, оно возможно лишь при соблюдении требований, установленных Федеральным законом и уставом общества, например, требования о получении согласия участников общества на переход доли общества к третьему лицу (пункт 10 статьи 21 Федерального закона).

Брачный договор, устанавливающий режим раздельной собственности на долю общества того супруга, который не является участником общества, направлен на прекращение всех прав на указанную долю, принадлежащих супругу - участнику общества. По своей сути рассматриваемый брачный договор является договором отчуждения доли третьему лицу, влекущим переход не только имущественных, но и

корпоративных прав: права участвовать в управлении обществом (присутствовать на общем собрании участников общества, голосовать при принятии решений), получать информацию о деятельности общества, знакомиться с его документацией и т.д.

Правовое положение общества с ограниченной ответственностью и правовой статус его участников регулируется специальным нормативным актом - Федеральным законом «Об обществах с ограниченной ответственностью» (статьи 1, 8). Вопросы, связанные с переходом доли к третьему лицу, с возможным изменением субъектного состава участников общества, подпадают под действие данного Федерального закона, в соответствии с которым (пункт 1 статьи 8) участник общества вправе осуществить отчуждение своей доли общества в порядке, предусмотренном Федеральным законом и уставом общества. Вопрос о возможности заключения брачного договора, направленного на прекращение прав на долю общества супруга - участника общества и, как следствие, на изменение состава участников общества, подпадает под регулирование положений статьи 21 Федерального закона, устанавливающих правила перехода доли общества к третьим лицам. Нотариус может удостоверить рассматриваемый брачный договор только в том случае, если это не противоречит правилам перехода доли общества к третьим лицам, предусмотренным Федеральным законом и уставом общества: нет запрета на отчуждение доли третьим лицам; супругом-участником общества в случае необходимости получено согласие участников общества на переход доли к третьему лицу¹⁴.

Участник общества вправе продать или осуществить отчуждение иным образом принадлежащей ему доли (ее части) одному или нескольким участникам общества, при этом согласия других участников общества или общества не требуется, если иное не предусмотрено уставом (п. 2 ст. 21 Закона об ООО). В данном случае правила о преимущественном праве покупки не применяются, в связи с чем такая сделка заключается не

посредством направления оферты и ее акцепта, а посредством нотариального удостоверения договора купли - продажи.

Также участник общества вправе передать в залог принадлежащую ему долю или часть доли в уставном капитале общества другому участнику общества или, если это не запрещено уставом, с согласия общего собрания участников общества, третьему лицу.

Перед удостоверением договора залога доли (ее части) в уставном капитале общества нотариус должен проверить отсутствие в уставе запрета на передачу доли или части доли в залог и наличие согласия общего собрания участников общества на передачу в залог принадлежащей участнику общества доли (ее части) в уставном капитале общества третьему лицу.

Сделки по отчуждению долей могут быть как возмездными, так и безвозмездными.

При удостоверении договоров дарения долей уставного капитала общества нотариусу необходимо учитывать положения главы 32 ГК РФ:

- о запрещении дарения между коммерческими организациями (п. 4 ст. 575 ГК РФ),
- дарение имущества, находящегося в общей совместной собственности, допускается по согласию всех участников совместной собственности с соблюдением правил, предусмотренных ст. 253 ГК РФ (п. 2 ст. 576 ГК РФ),
- доверенность на совершение дарения представителем, в которой не назван одаряемый и не указан предмет дарения, ничтожна (п. 5 ст. 576 ГК РФ) и др.¹⁵

При этом при удостоверении договора дарения доли (ее части), соблюдение правил о преимущественном праве покупки не требуется.

Перед удостоверением сделки, направленной на отчуждение доли (ее части) в уставном капитале общества нотариус должен совершить следующие действия:

1. Провести правовую экспертизу устава общества на предмет проверки правоспособности юридического лица, а также положений о возможности совершения сделки по отчуждению.

При этом нотариусу следует учитывать, что участники общества пользуются преимущественным правом покупки доли по цене предложения третьему лицу или по отличной от цены предложения третьему лицу и заранее определенной уставом общества цене, пропорционально размерам своих долей (абз. 1 п. 4 ст. 21 Закона об ООО).

2. Проверить может ли лицо выступать в качестве приобретателя доли (ее части) в уставном капитале общества, поскольку согласно ст. 7 Закона об ООО участниками общества не могут быть: государственные органы и органы местного самоуправления, если иное не установлено федеральным законом; в качестве единственного участника другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица.

3. Проверить факт оплаты участником общества, отчуждаемой доли (ее части) в уставном капитале общества, поскольку согласно п. 4 ст. 93 ГК РФ, п. 3 ст. 21 Закона об ООО доля участника в уставном капитале общества может быть отчуждена до полной ее оплаты только в части, в которой она оплачена.

4. Проверить, соблюдаются ли положения п. 4 ст. 21 Закона об ООО о преимущественном праве покупки доли (ее части) участников общества и общества, если такое преимущественное право общества установлено уставом общества; извещались ли другие участники общества и общество о намерении участника общества продать свою долю или часть доли третьему лицу (направлялась ли им через общество оферта с указанием цены и других условий продажи), а также акцептована ли оферта (п. 5 ст. 21 Закона об ООО).

5. При оформлении договора купли-продажи доли (ее части) третьему лицу необходимо проверить, прекратилось ли преимущественное

право у участников общества и у общества на основе п. 6 ст. 21 Закона об ООО.

6. Проверить наличие в уставе условия о необходимости получить согласие участников общества на переход доли к третьему лицу (п. 10 ст. 21 Закона) и о необходимости получить согласие общества на переход доли (ее части) к участникам или третьим лицам (абз. 2 п. 10 ст. 21 Закона об ООО).

7. Проверить предлагаемые в оферте цену и условия продажи (определена ли цена заранее в уставе) (п. 7 ст. 21 Закона об ООО).

При поступлении нотариусу копий заявлений всех участников общества об отказе от использования преимущественного права покупки доли (ее части), а также копий заявлений всех участников общества о согласии на отчуждение доли (ее части) лицу, сделка может быть удостоверена и до истечения 30 дневного срока со дня направления участником, намеренным продать свою долю (ее часть), обществу оферты. При этом нотариус, удостоверяя сделку, проверяет указанные в оферте цену и другие условия продажи. Если нотариусом не получены копии вышеназванных заявлений от участников общества, или копии таких заявлений получены не от всех участников общества, то сделка по отчуждению доли (ее части) должна быть удостоверена только по истечении 30 дней со дня получения обществом оферты, и получения нотариусом заявления общества, подписанного руководителем ООО, о том, что все участники общества были извещены надлежащим образом, но никто из них (или некоторые из них) не воспользовались своим преимущественным правом, а также о том, что само общество не воспользовалось своим преимущественным правом (если в уставе предусмотрено преимущественное право общества).

8. В случае отчуждения доли (ее части) уставного капитала, принадлежащей несовершеннолетнему участнику общества, необходимо истребовать соответствующее предварительное разрешение органа опеки и попечительства (ст. 37 ГК РФ).

9. Нотариус проверяет полномочия лица на отчуждение доли, а именно: вправе ли участник распорядиться долей именно как ее управомоченный отчуждатель на основании правоустанавливающих документов выписки из ЕГРЮЛ. Перечень документов, на основании которых нотариус проверяет полномочия лица, отчуждающего долю (ее часть) в уставном капитале, приведен в п. 13 ст. 21 Закона об ООО, а также в п. 7 ст. 5 ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 312-ФЗ от 30.12.2008 года.

10. Истребовать необходимые для удостоверения договора документы:

- устав общества;
- договор об учреждении общества, решение единственного учредителя о создании общества (при отчуждении доли учредителем общества);
- выписка из единого государственного реестра юридических лиц, содержащая сведения о принадлежности лицу доли общества;
- документ, подтверждающий принадлежность лицу доли общества (учредительный договор; нотариально удостоверенный договор о приобретении доли; документ, выражающий содержание сделки о приобретении доли, совершенной в простой письменной форме; свидетельство о праве на наследство; свидетельство о праве собственности на долю в общем имуществе супругов и т.п.);
- документ общества, подтверждающий оплату доли отчуждающим ее лицом;
- документ общества, подтверждающий соблюдение правил использования преимущественного права покупки доли общества, установленных Федеральным законом и уставом общества;
- согласие супруга на отчуждение и покупку доли общества;

- иные документы, необходимые для совершения сделки в соответствии с законодательством, вытекающие из существа конкретной сделки¹⁶.

После удостоверения договора отчуждения всей принадлежащей отчуждателю доли подлинный правоустанавливающий документ, на основании которого она была ранее приобретена, остается в делах нотариуса.

При продаже не всей принадлежащей доли на подлинном правоустанавливающем документе нотариус делает отметку об удостоверении сделки по отчуждению доли с указанием даты, реестрового номера, сторон договора и размера доли в уставном капитале, с проставлением подписи и печати нотариуса. При этом подлинный правоустанавливающий документ возвращается отчуждателю, а копия остается в делах нотариальной конторы. Форма отметки об удостоверении договора купли-продажи части доли является произвольной.

Далее нотариус свидетельствует подлинность подписи участника общества, отчуждающего или передающего в залог долю или часть доли, на заявлении в регистрирующий орган о внесении соответствующих изменений в ЕГРЮЛ по форме № Р14001. Если заявителем является физическое лицо, совершается удостоверительная надпись, утвержденная приказом МЮ РФ № 99 от 10.04.2002 г., по форме № 54 или 58, если заявителем является руководитель юридического лица – по форме № 56.

После нотариального удостоверения сделки, направленной на отчуждение доли (ее части) в уставном капитале общества, или договора залога доли (ее части), нотариус в срок не позднее чем в течение трех дней со дня удостоверения сделки передает в регистрирующий орган заявление о внесении соответствующих изменений в единый государственный реестр юридических лиц, подписанное участником общества, отчуждающим долю (ее часть), или участником общества – залогодателем (п. 14 ст.21 и п. 3 ст.22 Закона об ООО).

В срок не позднее чем в течение трех дней с момента нотариального удостоверения сделки, направленной на отчуждение доли (ее части) в уставном капитале общества, или договора залога доли (ее части), нотариус также передает обществу, отчуждение доли (ее части) доли в уставном капитале которого осуществляется, или доля (ее часть) в уставном капитале которого заложены, копию заявления, предусмотренного пунктом 3.1. настоящих рекомендаций (п. 15 ст.21 и п. 3 ст.22 Закона об ООО).

Итак, новый порядок совершения сделок с долями в уставном капитале ООО сводится к следующим основным моментам:

- сделки, совершаемые по поводу доли (части доли) в уставном капитале ООО, по общему правилу подлежат совершению в письменной форме и нотариальному удостоверению под страхом их недействительности при несоблюдении такой формы (п. 11 ст. 21 ФЗ об ООО). Исключения из указанного правила, при которых нотариального удостоверения не требуется, описываются в законе (абз. 2 п. 11 ст. 21 ФЗ об ООО) и относятся главным образом к ситуациям, в которых доля переходит от участников к обществу или наоборот;

- нотариус, удостоверяющий сделку по отчуждению доли, проверяет лишь полномочия лица на распоряжение ею (абз. 1 п. 13 ст. 21 ФЗ об ООО), при этом объем подобной проверки указан в законе (абз. 2 п. 13 ст. 21 ФЗ об ООО) и не подлежит расширению по усмотрению конкретного нотариуса.

- доля (часть доли), отчуждаемая в соответствии с совершенной сделкой, признается перешедшей к приобретателю в момент нотариального удостоверения последней (абз. 1 п. 12 ст. 21 ФЗ об ООО). При этом признаются перешедшими также и все права участника, вытекающие из доли, за исключением прав и обязанностей, имеющих строго личный характер (дополнительные права и обязанности участника, см. абз. 2 п. 2 ст. 8, абз. 2 п. 2 ст. 9 ФЗ об ООО, а также права и обязанности по договору об осуществлении прав участника, см. п. 3 ст. 8 ФЗ об ООО);

- вслед за совершением сделки и переходом доли орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц, уведомляется нотариусом о совершенной сделке, тем самым обеспечивается поступление в названный орган актуальной информации об участниках ООО и распределении между ними уставного капитала.

¹ Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. - М., 2003. - С. 602.

² Писемский П.А. Акционерные компании с точки зрения гражданского права. - М., 1876. // СПС «Гарант».

³ Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. - М., 2004. - С. 602.

⁴ Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях. - М., 2000. - С. 84.

⁵ Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях. - М., 2000. - С. 84.

⁶ Долинская В.В. Акционерное право: учеб. / отв. ред. А.Ю. Кабалкина. - М., 1997. - С. 31.

⁷ Каминка А.И. Очерки торгового права. - М., 2002. - С. 419.

⁸ Дебольский Н.Н. Гражданская дееспособность по русскому праву до конца XVII века. - СПб., 1903. - С. 329.

⁹ Долинская В.В. Акционерное право: учебник / отв. ред. А.Ю. Кабалкина. - М., 1997. - С. 49.

¹⁰ Дебольский Н.Н. Гражданская дееспособность по русскому праву до конца XVII века. - СПб., 1903. // СПС «Гарант».

¹¹ Квачевский А. О товариществах вообще и акционерных товариществах в особенности. - М., 1880. // СПС «Гарант».

¹² Краснокутский В.А. Товарищества с ограниченной ответственностью. - М., 1925. - С. 3

¹³ Указанный вывод согласуется с позицией арбитражных судов, в чью подведомственность входит рассмотрение споров между обществами и их участниками (пункт 4 части 1 статьи 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации). См., например, постановление от 04.03.2008 № А-56-24742/2006 Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа.

¹⁴ Рекомендации по применению отдельных положений Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», подготовлены Федеральной нотариальной палатой.

¹⁵ Методические рекомендации по удостоверению сделок, направленных на отчуждение, залог доли, части доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, утверждены Комиссией по методической работе и законодательным предложениям Нотариальной палаты Оренбургской области 29 октября 2009 г.

¹⁶ Рекомендации по применению отдельных положений Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», подготовлены Федеральной нотариальной палатой.

НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО: ПРОШЛОЕ И НАСТОЯЩЕЕ (РЕЦЕПЦИЯ РИМСКОГО ПРАВА В ПРАВЕ РОССИИ)

СИВАРАКША И.В.,

*к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

Ключевые слова: наследственное право, наследник, наследодатель, универсальное наследование, наследство, завещание, наследование по закону.

В римском праве институт наследственного права занимает исключительное место. Римские юристы разработали и законодательно оформили основные положения наследственного права, которые до настоящего времени не потеряли своей актуальности. Римское наследственное право – предмет гордости его творцов, но следует отметить, что мы видим результат достаточно длительной работы юристов в направлении совершенствования институтов наследственного права. Благодаря разработанности этого института волей неволи хочется еще раз обратиться к истории данного вопроса.

Key Words: law of succession, successor, testator, universal succession, inheritance, testament, intestate succession.

The institute of succession law occupies a superior place in Roman Civil law. Roman lawyers worked out and recorded fundamentals of law of succession, which are relevant even nowadays. Roman succession law is a feather in Roman lawyers' cap but even now this law is subject to continuous change. The analysis

of succession law concepts needs both the historical survey and the research study of present-day context.

Наследственное право представляет собой совокупность норм, регулирующих вопросы о том, что станет с правами и обязанностями какого-либо лица, после его смерти. Изначально римские юристы рассматривают наследственное право в системе вещных прав, как способ возникновения права собственности. Наследование отнесено к производному способу возникновения права собственности, который устанавливает такой характер взаимоотношения наследника с вещью, который был предопределен отношением наследодателя с ней, т.к. при производном способе объем прав на вещи зависит от прав предшествующего собственника. Благодаря этому римский юрист Юлиан выработал формулу «...наследник становится универсальным преемником наследодателя, он как бы воплощает в себе имущественную личность последнего».¹ К наследнику, с одной стороны переходит весь имущественный актив наследодателя, состоящий из отдельных реальных объектов и обязательственных требований. С другой стороны, к наследнику переходит и весь имущественный пассив, он становится должником кредиторов своего наследодателя. Причем он, по общему правилу, отвечает за долги наследодателя не только в пределах дошедшего к нему имущественного актива, но и собственным имуществом. В этом вопросе современный законодатель придерживается иной точки зрения. Закрепив в ст.1110 ГК универсальное правопреемство, законодатель обязывает наследника отвечать по долгам наследодателя только в пределах стоимости имущества (абз. 2. п. 1 ст. 1175 ГК РФ). Следует отметить, что римские законодатели наряду с универсальным наследованием рассматривали и единичное, сингулярное правопреемство, по которому наследник принимал только завещанное (отказ), но не отвечал за судьбу всего прочего, что есть в

наследстве, например, не был обязан погашать долги наследодателя. Как универсальное, так и сингулярное наследование могло возникнуть по любому основанию, т.е. по закону или по завещанию.

Римское право признавало два основания права наследования: завещание и закон. Конкуренция между ними, по общему правилу, не допускалась. Сложилась следующая практика: 1. хотя бы наследникам по завещанию была оставлена только часть имущества, они все таки приобретают все, а наследники по закону совсем отстраняются от наследства; 2. если назначены несколько наследников по завещанию и тот или другой из них отказывается от принятия своей части или выбывает из числа других, то части остальных в соответствующей мере увеличиваются. При этом предполагается, что завещание действительно и необходимые наследники получили полное удовлетворение. Помимо выше названных оснований наследования, римские законодатели постклассического периода выработали третье основание права наследования, наследственный договор. Основное отличие наследственного договора от завещания заключается в том, что первый сделка двусторонняя, не подлежащая уничтожению по одностороннему желанию наследодателя, а завещание – сделка, которая при жизни завещателя всегда может быть уничтожена им. Некоторые цивилисты в качестве основания наследования позволяют говорить о завещательных отказах. Данная позиция известна и нашему российскому праву, где также высказываются за то, чтобы отказ рассматривать как основание наследования. На мой взгляд, эта позиция противоречит закону, а именно Институции Гая в которой в ст. 99 сказано: «...Свойство наследства двойко: наследства к нам переходят или по завещанию, или по закону».² И еще, завещательные отказы не возникают сами по себе, они могут составлять часть наследования по завещанию – легаты или предполагаться как часть наследования по закону, как фидеикомиссы.

Следуя логике ст. 100 Институции Гая: «Сначала поговорим о тех, которые переходят к нам по завещанию».³ «Завещание есть законное

выражение нашей воли, сделанное с соблюдением установлений гражданского права таким образом, чтобы оно имело силу после нашей смерти» (Ulp. 20.1). Исследуя римское наследственное право, известный правовед Ф. Лассаль писал, что «для римлянина завещание было тем же, что для египтянина его надгробный памятник». На мой взгляд, больших разночтений в вопросе завещания между римскими законодателями и современными законодателями нет. В современном праве сохранена логика римских юристов, которые сформулировали основные положения наследования по завещанию. Завещание является односторонней сделкой, т.е. оно выражает волю только завещателя. То обстоятельство, что завещание получит силу лишь при одном условии: назначенный наследник согласится принять наследство, не делает завещание договором, ибо выражение воли наследника имеет место не при совершении завещания, а только после смерти завещателя, и является абсолютно самостоятельным, отдельным от завещания актом. Односторонний характер завещания проявляется в том, что наследодатель в любое время вправе односторонне изменить или вовсе отменить завещание. Эти утверждения тождественны положению п.5 ст. 1118 ГК РФ, которая гласит: «Завещание является односторонней сделкой, которая создает права и обязанности после открытия наследства».

Для того чтобы завещание имело юридическую силу, необходимо было соблюдать определенные условия: 1. Завещание должно быть составлено в установленной форме. Требования к форме были связаны с тем, что завещание могло быть составлено либо в народном собрании (ст. 101 Институции Гая), либо посредством «меди и весов» (ст. 102 Институции Гая). Вышеназванные формы были публичными, формальными и доступными не для всех. Поэтому, после длительных реформ завещание совершалось в присутствии 7 свидетелей, устно или письменно. Свидетелями могли быть только лица мужского пола, достигшие пубертатного возраста. Письменное завещание должно быть подписано не

только свидетелями, но и самим завещателем, впрочем, подпись последнего не требовалась, если завещание написано им собственноручно. Позднее, в период империи, появился новый порядок составления завещание – занесение распоряжения завещателя в протокол суда или муниципального магистрата и передача в императорскую канцелярию письменно оформленного завещания на хранение. Некоторые формы имели свою специфику, а именно завещания слепых совершались с участием нотариуса. Особыми льготами пользовалось солдатское завещание, для него не было предписано никакой обязательной формы: «От обязанности соблюдать при составлении завещаний вышеназванной формы освобождены императорскими указами воины, по причине чрезвычайной их неопытности, поэтому их завещание считается действительным в любом случае» (кн. 2 ст. 109 Институции Гая).⁴ Кроме того, в 6 веке до н.э. в целях фискального контроля императором Августом была введена 5 % пошлина с наследства и предписывалось под угрозой штрафа в течение 5-дневного срока после смерти завещателя предъявить завещание в магистратуру, где проходила торжественная процедура вскрытия завещания. В ГК РФ в ст. 1124, 1125 закреплены общие правила, касающиеся формы и порядка составления завещания и его нотариального удостоверения. Другими словами, российский законодатель так же посчитал необходимым рассмотреть форму завещание в качестве существенного условия его действительности; 2. Завещание должно быть составлено лицом, обладающим активной завещательной способностью. Первоначально активная завещательная способность была привилегией мужчин, которые обладали полной гражданской способностью в области имущественных отношений. С принятием ст. 113 кн. 2 Институции Гая право составлять завещание получили женщины: «...женщины находились в лучших условиях чем мужчины, именно мужчины моложе 14 лет составлять завещание не могли, даже при участии опекуна, женщины же могли, ибо она, достигнув 12 лет, приобретает право составления завещания с согласия опекуна».⁵ Лишались

активной завещательной способности: умалишенные, несовершеннолетние, расточители, а также все лица, состоящие под властью домовладыки, отступники от христианства, а также лица, осужденные за некоторые преступления. Кроме того, в период гражданского права, завещательная свобода была недоступна паломникам (иностранцам). Статья 1118 ГК РФ закрепила право составлять завещание за «...гражданами, обладающими в момент его составления дееспособностью в полном объеме»; 3. Лицо, в пользу которого составлено завещание, должно обладать пассивной завещательной способностью, которая состояла в праве лица принять наследство. На первый взгляд, этот вопрос не требует особых пояснений, и, в то же время не все лица могли призываться к наследованию в порядке завещания, а именно: вообще не имели пассивной правоспособности еретики и лица, осужденные за тяжкие уголовные преступления, были ограничены рабы и женщины. Женщин, по закону Вокония, было запрещено назначать наследницами граждан. Некоторые лица хотя и обладали пассивной завещательной способностью, но не могли получить наследство полностью или в части, если не отпадало обстоятельство, которое по закону признавалось препятствием для получения наследства «так холостые не могут принимать наследство и отказы, равным образом бездетные не могут приобретать более половины наследства и отказов...».⁶ При этом бездетность являлась условной. Мужчины не считались бездетным, если у него был один ребенок. Женщину признавали не бездетной, если у нее было трое детей. Пассивной завещательной способностью не обладали лица, которые в момент смерти завещателя еще не были зачаты, а также дети государственных преступников. Круг наследников был расширен после признания права наследования за юридическими лицами. Законодатель в ст. 1116 ГК РФ признает это право за гражданами, находящимися в живых в день открытия наследства, а также зачатыми при жизни наследодателя и родившимися после открытия наследства. Очевидно, что и в нашем гражданском праве не

всякое лицо может быть наделено правом вступить в наследство, т.е. стать пассивным участником наследственных правоотношений. В то же время в ч. 2 ст. 1116 это право признается за юридическими лицами.

Наследником может быть назначено одно или несколько лиц. В последнем случае завещатель может прямо указать в каких именно долях каждый считается наследником, либо назначить наследниками без такого указания долей, и, в таком случае лица считаются назначенными в равных долях. Российские законодатели в ст. 1122 ГК РФ сохранили ту же самую форму передачи имущества. Если наследодатель, хотя бы по ошибке, распорядился только частью наследственной массы, это порождало проблему, поскольку римское право не допускало конкуренции наследования по закону и по завещанию на основании принципа: «никто не может умереть, на часть (имущества) сделав завещание, на часть не сделав» (Д. 50.17.7). Юриспруденция разрешала эту проблему, постановляя, что не принятая в расчет часть прирастала к имуществу наследников по завещанию пропорционально соответствующим долям.

В завещании назначение наследника иногда сопровождалось возложением на него ряда обязанностей: выполнить какие-либо действия, использовать имущество по определенному назначению. Если наследник, получивший имущество с возложением, не выполнил возложения, допускались меры принуждения в административном порядке. Помимо этого, в завещании могло содержаться распоряжение наследнику выдать из полученного наследства указанному лицу вещь или сумму. Подобное распоряжение называлось завещательным отказом, по латыни легатом. Основанием легата было, естественно, только завещание: не существовало форм легата по закону. Наследодатель имел полную свободу в назначении завещательных отказов, что позволяло ему растрачивать все или почти все наследственное имущество на легаты, оставляя своему приемнику одно звание наследника с соответствующими обязанностями. Чтобы исправить положение, были изданы один за другим три закона. Закон Фурия запретил

принимать отказы более 1000 ассов (получивший более 1000 ассов был обязан вернуть сумму в четыре раза больше). По закону Вокония, легатарий не мог получить больше наследника, был установлен принцип «равного количества» (кн. 2 ст. 226 Институции Гая).⁷ Наконец, закон Фальцидия окончательно урегулировал этот вопрос, постановив, что завещатель не мог направить на легаты больше трех четвертей наследственного имущества, поэтому за наследником в любом случае оставалась, по крайней мере четвертая часть наследства. Эта резервная доля – Фальцидиева четверть действовала в течение всей истории римского права. Анализ ст. 1137 ГК РФ позволяет найти много общего в содержании этого института, а именно: завещательный отказ может быть установлен в завещании, право на получение завещательного отказа не переходит к другим лицам и т.д. В то же время положение ч. 1 ст. 1137 ГК РФ: «содержание завещания может исчерпываться завещательным отказом» показывает насколько положение наследника не защищено от неблагоприятных имущественных последствий, связанных с принятием легата. И наоборот, римский законодатель, принимая вышеназванные законы, пытались защитить интересы наследника, в отношении которого был установлен несправедливый легат. В римском праве наряду с легатом в период империи появился и другой вид отказа – фидеикомисс. Фидеикомисс имел ряд преимуществ по сравнению с легатом: мог возлагаться на наследника по закону, устанавливаться раньше и позже завещания, в качестве приложения к нему. Целью фидеикомисса являлось предоставление правомочий лицам, которые не могли назначаться наследниками или легатариями, потому что не обладали пассивной завещательной правоспособностью. Со временем легаты и фидеикомиссы сблизились, и Юстиниан объединил их в один институт – отказы.

Так же как и в нашем Гражданском кодексе РФ в Институциях Гая наследование по закону расположено после статей регулирующих правопреемство в порядке завещания. Наследование по закону – наследование в порядке и на условиях, определенных законодателем. Это

вид наследования, при котором отсутствует юридически выраженная воля наследодателя. Этот вид наследования был возможен только при определенных условиях: нет завещания, завещание недействительно, завещание уничтожено, отсутствуют наследники, указанные в завещании.

Перед тем как сложилась система наследования по праву Юстиниана, наследование прошло длительный путь развития. Система наследования, существовавшая в эпоху Законов XII таблиц, исходила из семейной общности имущества и агнатического родства. Наследниками по закону могли быть только члены семьи. Не признавались ими ни эманципированные, ни другие когнаты. В цивильном праве действовало правило, которое означало призвание к наследованию только лиц, ближайших к умершему в момент смерти (преемство в праве принятия наследства по закону отсутствует). Практика призвания к наследству в порядке первой очереди частично изменилась в преторском праве, а именно, к наследству в порядке первой очереди стали призываться на особых условиях эманципируемые дети по принципу кровного родства, и было поставлено под сомнение наследование жены. За ней сохранялось право наследницы первой очереди, лишь при условии, что она находилась в браке с властью мужа. Юстиниан установил следующую практику призвания к наследству супругов, а точнее они призывались лишь в том случае, если вовсе не было родственников или все они отказались от наследства. Бедствующая вдова получала законное право наследования в $\frac{1}{4}$ части имущества своего умершего зажиточного мужа. Бедствующей признавалась жена, не имеющая приданого. Признавая жену наследницей первой очереди, Гражданский кодекс РФ в отдельной статье (ст. 1150 ГК РФ) устанавливает права супруга при наследовании. Это сделано для того, чтобы правильно определить его долю в наследуемом имуществе.

Законные ограничения свободы завещаний, установленные в интересах ближайших родственников завещателя, в совокупности своей составляют право необходимого наследования. Эти ограничения могут быть

двух родов: формальные и материальные. Сущность формальных ограничений заключалась в том, что завещатель ближайших своих законных наследников должен был либо прямо назначить наследниками, либо прямо лишить наследования, но не мог обойти их просто молчанием под угрозой полной или частичной инвалидации завещания. В позднейшем праве складывалась система материальных ограничений свободы завещаний, в рамках которой родственники имели право требовать от завещателя, чтобы последний оставил им определенную долю из той части наследства, которую они получили бы в качестве законных наследников, если бы завещания не существовало вовсе. Право на выделение обязательной доли указанные лица теряют только в случае, если на то имеется какая-нибудь уважительная причина (неблагодарность, оскорбление ими завещателя и т.п.) кн. 2 ст. 123-132 Институции Гая и ст. 1117 ГК РФ. Юстиниан определил размеры обязательной доли, которая составляла $\frac{1}{4}$ законной части, т.е. той части, на которую данное лицо имело бы право в качестве законного наследника, если бы завещание не существовало. Если завещатель не оставлял обязательной доли необходимому наследнику, то тот мог предъявить иск к наследникам по завещанию, и в таком случае получить уже не одну только обязательную долю, а всю законную часть. В современном праве понятие «преемство вопреки завещанию», или «необходимое преемство» состоит в том, что несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, а также нетрудоспособные иждивенцы наследодателя должны преемствовать ему по необходимости, даже против его воли. Поэтому, составляя завещание, наследодатель обязан выделить им долю в наследстве. Порядок и размер исчисления обязательной доли предусмотрен п. 1, 2, 3 ст. 1149 ГК РФ следующим образом: «...наследуют независимо от содержания завещания не менее половины доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону. В обязательную долю засчитывается все, что наследник, имеющий право на такую долю, получает из наследства по какому-либо основанию, в том числе

стоимость установленного в пользу такого наследника завещательного отказа». Таким образом, в современном наследственном праве можно найти много общих положений об «обязательной доли» тождественных положениям римского права.

Современные законодатели восприняли из римского права и содержание выморочного имущества. Согласно ст. 1151 ГК РФ: «В случае, если отсутствуют наследники как по закону, так и по завещанию, либо никто из наследников не имеет права наследовать или все наследники отстранены от наследования, либо никто из наследников не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства и при этом никто из них не указал, что отказывается в пользу другого наследника, имущество умершего считается выморочным».

Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что в основе положений наследственного права, регулируемого ГК РФ, лежит концепция наследственного права, разработанного римскими юристами. Это является одним из ярчайших примеров рецепции римского права в российском гражданском праве.

¹ 1.62 D/ reg. jur. 50, 17

² Гай. Институции/ Пер. с латинского Ф. Дадынского /Под ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М.: Юрист, 1997. С. 113.

³ Гай. Институции/ Пер. с латинского Ф. Дадынского /Под ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М.: Юрист, 1997. С. 113.

⁴ Гай. Институции/ Пер. с латинского Ф. Дадынского /Под ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М.: Юрист, 1997. С. 115.

⁵ Гай. Институции/ Пер. с латинского Ф. Дадынского /Под ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М.: Юрист, 1997. С. 117.

⁶ Там же С. 117.

⁷ Там же С. 155.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ДЕЙСТВИЯ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

ТОМИНА А.П.,

*к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532) 72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

Ключевые слова: право на судебную защиту, принципы гражданского процессуального права, состязательность, производство в суде первой инстанции, право доказывания, обязанность доказывания, раскрытие доказательств, стороны, суд, цели и задачи гражданского судопроизводства, судебный механизм защиты права.

Статья посвящена выявлению и исследованию некоторых аспектов проявления принципа состязательности в суде первой инстанции, при рассмотрении дела по существу. Определённое внимание в данной научной работе уделено оценке деятельности суда и сторон как одинаково важных участников состязательного процесса. Автором рассматривается концепция, в соответствии с которой состязательность в гражданском процессе имеет значение как одна из его характеристик, определяющих его развитие с точки зрения материальной (содержательной) стороны. Автором сделаны предложения по совершенствованию действующего процессуального законодательства.

The article is devoted to revealing and research of some aspects of displaying of a principle of competitiveness in court of the first instance, at a trial

in essence. Certain attention in this scientific work is given to an estimation of activity of court and the parties as equally important participants of competitive process. The author considers the concept according to which competitiveness in civil process matters as one of the characteristics defining its development from the point of view of the material (substantial) part. Some proposals aimed at perfection of the operating of modern remedial legislation were made by the author.

Позволяя выделить и понять основные качественные черты отрасли гражданского процессуального права, принцип состязательности по праву является одним из основополагающих. Право на судебную защиту предполагает наличие конкретных гарантий, которые позволяли бы реализовать его в полном объёме и обеспечить эффективное восстановление в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости. Такой гарантией применительно к гражданскому судопроизводству является, в частности, закреплённое в ст. 123 Конституции РФ положение об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон¹.

Поскольку право оперирует категориями, доведёнными до уровня формально-логической определённости и официально зафиксированными в юридических установлениях², для определения начала состязательности необходимо исходить из разработок общей теории права по вопросам понятия принципов права³. В самом широком, философском понимании принцип есть начало, исходный пункт становления бытия, и это определение принципа положено в основу большинства научных исследований⁴.

Обобщая выводы учёных, исследовавших принцип состязательности в гражданском процессе, можно остановиться на следующем его определении.

Принцип состязательности представляет собой нормативно-руководящее положение, в силу которого лица, участвующие в деле, и, прежде всего, стороны, имеют право и обязанность при содействии суда представлять доказательства и участвовать в их исследовании, а также в особом строе процесса – его состязательной форме, в максимальной степени способствующей установлению действительных обстоятельств дела, всесторонней проверке доводов и соображений участников процесса⁵.

Исследуемый принцип слагается из двух аспектов. Первый связан с деятельностью лиц, участвующих в деле, и суда, по представлению, собиранию, исследованию доказательств. Второй аспект проявляется в противопоставленности сторон при рассмотрении спора о праве друг другу в соответствии со своими интересами, и прохождении разбирательства дела в форме спора между ними. Суть традиционного понимания принципа состязательности в современный период заключается в необходимости его рассмотрения в единстве указанных двух составляющих⁶.

Тем не менее, в настоящее время состязательность рассматривается не только как принцип процесса. Отмечается появление концепции, в соответствии с которой состязательность в гражданском процессе рассматривается не только и не столько как принцип, а ей придаётся значение одной из характеристик процесса, определяющих его развитие с точки зрения материальной (содержательной) стороны. Состязание сторон рассматривается с учетом роли и полномочий суда, которые включаются в анализ при исследовании состязательного судопроизводства⁷.

Механизм защиты права позволяет оценить существующие формы защиты с позиции их эффективности - насколько с их помощью может быть обеспечена защита нарушенного или оспоренного субъективного материального права. Эта оценка важна, во-первых, для заинтересованных лиц - они могут оценивать свои издержки и преимущества, предполагаемые выигрыши и возможные потери при использовании той или иной формы защиты, а в ряде случаев - сделать выбор соответствующей их потребностям

формы. Во-вторых, оценка важна и для государства - государство не только обеспечивает гражданам и организациям возможность обратиться в суд за защитой своего права, оно обязано гарантировать и определенный уровень, качество такой защиты.

В силу этого анализ механизма может быть использован при создании новых, совершенствовании существующих форм защиты прав. Рассмотрение состязательности как метода исследования фактических обстоятельств дела признаётся в настоящее время основой для совершенствования действующего гражданского процессуального законодательства.

Таким образом, исследование состязательности как принципа дополняется более широким подходом, рассматривающим состязательность как базисную характеристику процесса, как фактор, определяющий его развитие, что позволяет исследователям оценить состязательность как составную часть судебного механизма защиты прав. И.В. Решетникова отмечает: «Сегодня судопроизводство России, так же как и судопроизводство иных стран со следственным типом процесса, основывается на состязательности как на принципе судопроизводства. Принцип состязательности не является синонимом состязательной системы гражданского судопроизводства, ибо для последней характерна совокупность различных принципов»⁸.

Нельзя не согласиться с автором в необходимости учитывать при рассмотрении сущности принципа состязательности разницу двух систем гражданского судопроизводства: состязательной (Англия, США, Канада и др.) и инквизиционной (страны континентальной Европы, включая Россию). Вместе с тем, в теории справедливо признаётся «условность деления процесса на типы, невозможность выделить следственное начало и состязательность в чистом виде»⁹.

Согласно суждению Н. Гредескула, состязательное начало является краеугольным камнем процесса, и для правосудия многомиллионной страны вовсе не безразлично, как будет заложен этот камень. Если бы теория

оказалась на высоте, тогда бы и законодатель мог бы заложить здание гражданского судопроизводства на основе состязательного начала»¹⁰. Безусловно, данный вопрос немислимо разрешить без анализа воззрений теоретиков на понятие принципа состязательности в современный период, а также положений, содержащихся в действующем законодательстве.

Такой анализ даёт основание рассматривать в рамках данного принципа действия таких субъектов, как стороны (и другие лица, участвующие в деле) и суд, что предполагает чёткое разграничение их функций в состязательном процессе¹¹. Что необходимо для оптимального соотношения правомочий данных субъектов в гражданском судопроизводстве, чтобы состязательность на практике была реальной гарантией права на судебную защиту?

Состязательные начала заключаются в праве представлять доказательства и одновременно обязанности каждой стороны доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений. Отсюда в процессуальной теории спорен вопрос о доказывании как праве или обязанности стороны. Ситуация усложняется неоднозначностью положений ГПК РФ, который, применительно к доказыванию, употребляет оба указанных термина (например, ст. ст. 35, 56 ГПК РФ).

Согласно традиционному подходу¹², неисполнение процессуальных обязанностей лицами, участвующими в деле, влечёт за собой последствия, предусмотренные процессуальным законодательством. В случае непредставления доказательств лицами, участвующими в деле, никаких санкций судом не может быть применено. Следовательно, доказывание – это право, а не обязанность лиц, участвующих в деле.

Рассуждая о доказывании как процессуальной обязанности или праве, интересно обратиться к выводам Е.В. Васьковского¹³. Он констатировал предоставление законом тяжущимся целого ряда процессуальных прав, осуществление которых, естественно, не обязательно, так как речь идёт о

мере возможного поведения. Это обстоятельство автор называл прямым последствием принципа состязательности. «Бездействие тяжущегося может принести ему вред, и даже стать причиной проигрыша дела. Но из того, что ему было бы полезно и выгодно совершать какое-либо процессуальное действие, ещё не вытекает юридическая обязанность совершения его. Закон даёт каждому тяжущемуся право защищаться от нападения противника, и какие бы вредные последствия не грозили тому, кто не хочет защищаться, нельзя сказать, что он обязан защищаться. «Кто в поединке не отражает ударов шпаги противника, тот рискует быть убитым, но отсюда не следует, что он обязан драться»¹⁴. Для истца это право, и нормы регламентируют порядок его осуществления.

Однако ограничиться только приведённым выводом недостаточно. Право доказывания предполагает, хотя и минимально, бремя (обязанность) его реализации. Аналогично понимают право собственности в цивилистике. Собственник несёт бремя (обязанность) содержания своей вещи, что в некоторых случаях позволяет рассматривать собственность не только как субъективное абсолютное право возможного поведения, но и обязанность должного поведения¹⁵.

Например, бремя собственности связано не только с расходами на содержание, но и риском утраты, гибели имущества. Для реализации своих правомочий собственник обязан учитывать не только собственный интерес, но и руководствоваться **интересами общества в целом**. В нашем случае сюда следует отнести публичную функцию правосудия, которая направлена, в том числе, и на обеспечение государством определённого баланса прав лиц, участвующих в деле.

Это некая социальная связанность обладателя субъективного права. Р. Иеринг указывал на обусловленность и юридическую связанность всех прав субъекта с обществом, составной частью которого этот субъект является¹⁶. Гражданское процессуальное право не может быть отнесено однозначно ни к частному, ни к публичному праву¹⁷. По мнению М.Х. Хутыза, П.Н. Сергейко,

субъективное право очерчивает границы свободы его участников. Выход за рамки собственной свободы сопряжён с ответственностью, неизбежность которой указывает на необходимость соблюдать границы своего права и не нарушать правовую свободу других¹⁸. Ограничения в праве доказывания нужны для реализации баланса прав всех.

Правовое ограничение – есть правовое сдерживание противозаконного деяния, создающее условия для удовлетворения интересов контрсубъекта и общественных интересов в охране и защите; это установленные в праве границы, в пределах которых субъекты должны действовать; это исключение определённых возможностей в деятельности лиц¹⁹. Под ограничением в праве доказывания следует понимать особенности порядка его осуществления. Поскольку гражданское процессуальное право находится на стыке публичного и частного права, право доказывания может быть реализовано только в специфических, установленных законом формах, ограничено рамками судебного познания и отсюда специфично.

По мнению А.Г. Коваленко²⁰, состязательные начала приобретают смысл в силу следующих причин: стороны лучше суда знают обстоятельства дела и доказательства и легче могут их установить; тяжущиеся непосредственнее суда заинтересованы в исходе процесса, а потому примут все меры для представления доказательств и возражений против них.

Так как особую роль играет закрепление в законе состязательных правомочий уже в самом начале процессуальной деятельности, «принцип состязательности начинает действовать уже на этапе обращения в суд»²¹. Составление искового заявления в соответствии с установленными законом требованиями является первой и необходимой предпосылкой для полноценного состязательного процесса. В исковом заявлении истец излагает обстоятельства, являющиеся основанием для предъявления иска и указывает доказательства, подтверждающие эти обстоятельства (ст. ст. 131, 132 ГПК РФ).

Несмотря на отсутствие в ГПК РФ обязанности истца ссылаться на

норму материального права для обоснования своих требований (такая обязанность предусмотрена только для прокурора, подающего заявление – ч. 3 ст. 131 ГПК РФ), это желательно, поскольку обязанность истца по доказыванию оснований своего требования (ст. 12, 56, 57 ГПК РФ) тесно связана в состязательном процессе с надлежащей аргументацией иска. Недостаточная мотивированность искового заявления может привести к неправильному определению закона, которым следует руководствоваться. В свою очередь, указание обстоятельств, с которыми истец связывает своё требование, имеет значение для определения предмета доказывания и, в конечном итоге, для правильного разрешения возникшего спора.

По смыслу нормы ст. 132 ГПК РФ, истец обязан представить искомое заявление в суд с копиями по числу ответчиков и третьих лиц. Процессуальный закон предписывает суду направить эти копии указанным субъектам вместе с повесткой о вызове в суд (ст. 114 ГПК РФ).

Соблюдение положений закона о форме и содержании искового заявления имеет большое значение для ответчика, который из текста вполне может составить представление о требованиях, к нему предъявленных, какими доказательствами они подтверждаются, а, следовательно, определить направления своей защиты по конкретному делу. Возможность заблаговременно подготовиться к защите своих интересов является гарантией осуществления принципа состязательности и равноправия сторон, третьих лиц²². Вместе с тем, в свете характеристики принципа состязательности, целесообразно отметить, что, в отличие от ГПК РСФСР, действующий процессуальный закон (ст. 132 ГПК РФ) требует *прилагать*, а не *указывать* документы, подтверждающие обстоятельства, на которых истец основывает свои требования. Согласно норме ст. 132 ГПК РФ, для вручения ответчику и третьим лицам к заявлению прилагаются лишь копии документов, то есть письменных доказательств²³, и при условии, что они отсутствуют у названных лиц. Исходя из содержания принципов состязательности и процессуального равноправия, все лица, участвующие в

деле, должны быть своевременно и качественно осведомлены о содержании заявления истца.

Таким образом, норма призвана обеспечить наличие информации о доказательствах для ответчика, который может начать готовиться к состязанию, получив копию искового заявления и приложенных к нему материалов. Данное положение закона направлено на реализацию принципа состязательности уже в самом начале процессуальной деятельности по защите субъективных прав, и связано с необходимостью заблаговременного ознакомления лиц, участвующих в деле, с имеющимися доказательствами.

Новой в процессуальном законодательстве является норма ст. 149 ГПК РФ, так как провозглашение и реализация принципа состязательности предполагает чёткую законодательную регламентацию действий сторон как основных участников состязательного процесса на всех этапах гражданского судопроизводства. Однако свобода сторон в распоряжении доказательственным материалом может привести к злоупотреблениям. Это тем более очевидно в случаях, когда большинство доказательственного материала объективно сосредоточено в руках одной из сторон, в случаях неравенства сторон в материальных правоотношениях. Указанная проблема может быть решена путём наделения суда полномочиями по собиранию доказательств. С другой стороны, определённым противовесом правам сторон может служить информационная открытость процесса, которая достигается в том числе посредством процедуры раскрытия материалов дела²⁴.

В литературе отмечается значение института раскрытия доказательств²⁵. Закрепление института раскрытия доказательств оценивается как безусловное достижение процессуального законодательства, свидетельствующее о развитии состязательных начал в судопроизводстве, гарантирующее право сторон знать не только о содержании заявленных требований и возражений, но и об их доказанности²⁶.

Таким образом, раскрытие доказательств – отдельный элемент

судебного доказывания и осуществляется для предоставления возможности участвующим в деле лицам ознакомиться с доказательствами²⁷. Цель раскрытия – доведение до участников процесса содержания доказательственного материала (с целью обеспечения в последующем полноценного состязательного процесса). В процессуальной литературе нет единого подхода в вопросе о том, до каких именно участников. Так, О.В. Баулин считает, что раскрытие должно касаться сторон и суда²⁸. Аналогичной позиции придерживается и Высший Арбитражный Суд. Пленум ВАС РФ принял Постановление от 20.12.2006 N 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству», в котором к кругу субъектов, которым адресовано раскрытие, отнес суд (п. 16)²⁹.

Д.М. Фильченко справедливо отмечает: раскрыть доказательства участник процесса должен перед другими участвующими в деле лицами³⁰. Это имеет важное практическое значение, так как позволяет разграничить такие элементы доказывания, как представление и раскрытие. В отличие от раскрытия, адресованного участвующим в деле лицам, представление связано с передачей доказательств суду³¹.

Суд не является субъектом раскрытия доказательств, он только организует либо организует и способствует раскрытию. Суд может лишь повлиять на развитие этого отношения. Роль суда в осуществлении деятельности по раскрытию доказательств проявляется в том, что от него должно зависеть наступление тех правовых последствий, которые возможны при неисполнении участвующим в деле лицом обязанности осуществить раскрытие.

Необходимость рассмотрения института раскрытия доказательств применительно к лицам, участвующим в деле, отмечается и другими исследователями³², а также отражена в зарубежном³³ и отечественном законодательстве (ст. 65 АПК РФ).

Рассматривая возможность раскрытия доказательств в гражданском процессе, следует обратиться к ст. 149 ГПК РФ, которая фактически

закрепила норму об обмене сторон доказательствами на этапе подготовки дела к судебному разбирательству. И.И. Черных, Е.С. Шумейко отмечают: норма призвана стимулировать основных субъектов конфликта к активному участию в готовящемся судебном состязании³⁴, что должно происходить через обмен состязательными бумагами. Это даст возможность сторонам уточнить свои позиции в споре, определить для себя перспективы разрешения дела. Важно нормы ст. 149 ГПК РФ толковать в системе с положениями ст. 132, ч. 2 ст. 150 ГПК РФ: в порядке ст. 149 истец передаёт ответчику такие доказательства, которые не были приложены к исковому заявлению.

Классифицируя и оценивая действия, совершаемые на данном этапе, Г.Л. Осокина относит указанный «обмен» к действиям обязательного порядка, то есть совершаемым всегда, независимо от категории дела и его материально-правовых особенностей³⁵. Думается, ввиду их чрезвычайной важности для итогов рассмотрения дела.

Г.А. Жилин отмечает: стороны при подготовке дела должны обмениваться всеми теми доказательствами, которые они представляют друг другу в соответствии с требованиями ч.1 ст. 57 ГПК РФ. В действительности же речь идёт о копиях письменных доказательств. Вместе с тем каждая сторона должна быть поставлена в известность другой стороной о предоставлении суду тех доказательств, которые не могут быть ей переданы. Например, о представлении вещественного доказательства, с которым другая сторона (её представитель) могут быть ознакомлены по месту его хранения (ст. 71 ГПК РФ)³⁶.

Безусловно, процесс был бы более быстрым и эффективным, если бы стороны и другие лица, участвующие в деле, были бы информированы друг другом об имеющихся по делу доказательствах до судебного разбирательства. Наличие таких норм наглядно иллюстрировало бы действие принципа состязательности в гражданском процессе. Но при более детальном анализе института раскрытия доказательств очевидны моменты и

отрицательного характера, связанные с его введением.

Во-первых, в процессуальном законодательстве на данный момент приходится констатировать отсутствие должной логической завершенности в законодательной регламентации этого института. В ГПК РФ отсутствует общая норма, закрепляющая обязанность сторон раскрывать доказательства, на что обращается внимание в процессуальной литературе³⁷. О.В. Баулин предлагает закрепить «общую норму-принцип»³⁸.

Во-вторых, правило нормы ст. 149 ГПК РФ нельзя назвать раскрытием доказательств, так как эта норма, а также и другие нормы Кодекса, не предполагают запрета на представление доказательств в дальнейшем, в частности, при рассмотрении дела по существу, а также не содержат требований относительно момента раскрытия доказательств. «Правильное применение правил о раскрытии доказательств возможно только при определении временных границ для осуществления раскрытия»³⁹.

По смыслу данного института, заблаговременность ознакомления с доказательствами предполагается «до начала судебного разбирательства дела, то есть до рассмотрения дела по существу»⁴⁰. В таком случае раскрытие доказательств за пределами заблаговременности должно признаваться как совершённое с нарушением требований закона. Отсутствие в законодательстве чётких признаков заблаговременности способствует злоупотреблениям со стороны участников процесса, выражающимся в предоставлении противоположной стороне по делу возможности ознакомиться с доказательствами непосредственно перед началом судебного разбирательства либо уже в самом судебном заседании.

Раскрытие получит смысл, только если доказательства будут известны участникам процесса как минимум до начала рассмотрения дела по существу. Но данное требование сложно выполнить в российском процессе, «склонном к размеренному судебному разбирательству, многократным отложениям слушаний для собирания дополнительных доказательств»⁴¹.

В-третьих, различный подход в законодательной регламентации данного института в ГПК и АПК объясним характером споров, рассматриваемых в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. Законодательная регламентация института раскрытия доказательств АПК РФ более логична и закончена, но только в сравнении с ГПК РФ. В процессуальной литературе обращается внимание на недостаточную чёткость в регулировании данного института и АПК РФ⁴². И.В. Решетникова указывает, что обмен состязательными документами предполагает ограничение во времени представления отзыва на иск, возражения на отзыв и отзыва на возражение, аналогичным образом были установлены сроки в Уставе гражданского судопроизводства. Но при этом закон предусматривает своеобразные процессуальные последствия. Так, в английском процессе активный обмен состязательными бумагами приводит к сокращению фактов, подлежащих доказыванию: если ответчик не оспаривает факты, указанные истцом, то они считаются признанными; если стороны не указали какие-либо факты, то они не включаются в предмет доказывания⁴³.

АПК пошёл по пути введения процессуальной санкции, влияющей на результат разрешения дела. «Однако судьи оказываются перед дилеммой: если не допустить нераскрытое доказательство, то решение может быть отменено»⁴⁴.

Оценивая практическое значение предварительного раскрытия доказательств, Я.Х. Беков указывает на положительное значение данного института, так как он воспитывает уважение к процессуальной форме, даёт возможности лицам, участвующим в деле, подготовить контраргументы, а также не допускает затягивания процесса стороной, злоупотребляющей своими процессуальными правами. Но он отмечает, что данное правило ограничивает принцип состязательности, в котором утрачивается элемент свободы⁴⁵. Однако с данным утверждением трудно согласиться.

В-четвёртых, при введении института раскрытия доказательств в гражданском процессе не учитываются перспективы его последовательного

закрепления: лица, участвующие в деле, не обладающие правовой грамотностью, смогут представлять доказательства только на этапе подготовки дела к судебному разбирательству, и будут лишены этого права при рассмотрении дела по существу. Это существенно затруднит возможность установить действительные обстоятельства дела, а, следовательно, поставит под угрозу реальность судебной защиты.

О.В. Баулин пишет: «В англо-американской системе права раскрытие предусмотрено на стадии подготовки, на которой суд практически не действует. Для российского процесса такая модель стадии подготовки неприемлема; у сторон должны быть достаточно *квалифицированные представители* (курсив мой – А.Т.), которые могли бы осуществить такую процедуру и одновременно с максимальной эффективностью использовать раскрытие доказательств другими участниками процесса, что невозможно по большинству гражданских и по многим арбитражным делам»⁴⁶.

В.М. Жуйков справедливо утверждает: «с учетом реальностей, в том числе уровня правовой грамотности и возможности обеспечить квалифицированную юридическую помощь, переход к идее чистой состязательности был бы неправильным»⁴⁷. И.В. Решетникова, С.А. Шишкин также отмечают, что в гражданском процессе (в отличие от арбитражного) стороны не всегда представлены профессиональными представителями, что не даёт возможности полностью реализовать процессуальный механизм состязания⁴⁸.

Проведённое исследование позволяет сделать вывод о преждевременности закрепления института раскрытия доказательств в гражданском процессуальном законодательстве РФ. Данный институт, безусловно, иллюстрируя «чистый» состязательный процесс, предполагает акцент именно на активные действия сторон, связанные с представлением доказательств. Но в настоящее время результат процесса нельзя ставить в полной мере в зависимость от таких действий, без учёта специфики субъектов процессуальных правоотношений в судах общей юрисдикции.

Лицам, не имеющим юридического образования и возможности воспользоваться услугами адвоката, практически невозможно добиться защиты своих прав.

Последовательное закрепление института раскрытия доказательств предполагает необходимость участия в процессе бесплатных квалифицированных специалистов в области права, что на данном этапе едва ли возможно⁴⁹. В противном случае данный институт ограничит доступ к получению судебной защиты для значительной части населения нашей страны.

В процессе судебного разбирательства дела стороны имеют право активно участвовать в исследовании уже собранных доказательств. Безусловно, личное участие стороны в процессе повышает эффективность судебного состязания.

Норма ст. 174 ГПК РФ устанавливает последовательность заслушивания судом объяснений лиц, участвующих в деле, что также определяется принципами состязательности и процессуального равноправия.

Лица, участвующие в деле, имеют право обсуждать все вопросы, возникающие в процессе рассмотрения дела. Например, последовательность исследования доказательств устанавливается судом с учётом мнения лиц, участвующих в деле (ст. 174 ГПК РФ). Практическая ценность нормы состоит в фиксации очерёдности выступлений участников процесса при условии его состязательной основы.

Стороны на протяжении всего процесса вправе просить о вызове свидетелей, о приобщении к делу представленных ими письменных доказательств, об истребовании таковых от других лиц, о приобщении к делу вещественных доказательств и их проверке, о назначении экспертизы. Все ограничения в процессе направлены на его рационализацию. В силу принципа состязательности свидетели вызываются судом только по ходатайству сторон и других лиц, участвующих в деле.

Норма ч. 5 ст. 167 ГПК РФ содержит положение, в соответствии с

которым стороны вправе просить суд о рассмотрении дела в их отсутствие и направлении им копий решения суда. В отличие от прежнего Кодекса (ст. 157 ГПК РСФСР), суд при наличии такого обращения не может признать обязательным участие сторон в судебном заседании, так как в состязательном процессе они сами определяют объём своего личного участия в защите своих прав.

Наиболее яркий момент состязания сторон – судебные прения. Они подводят итог всему разбирательству дела с позиции каждого из его участников (ст. 191 ГПК РФ). Выступление в судебных прениях – право, а не обязанность лиц, участвующих в деле. Но в условиях состязательного процесса важно довести до суда свои соображения по существу рассматриваемого спора на основании исследованных в судебном заседании доказательств. Поэтому задачей суда является разъяснение сторонам и иным лицам, участвующим в деле, необходимости выступить в судебных прениях, а не отказываться от его осуществления.

Это далеко не полный перечень правомочий лиц, участвующих в деле, составляющих содержание принципа состязательности в гражданском процессе. Процессуальная активность заинтересованных лиц в значительной мере предопределяет результат рассмотрения дела, более всего соответствует спорному характеру гражданских дел и логике отправления правосудия.

Процессуальное законодательство определяет полномочия суда в состязательном процессе.

Из нормы ст. 156 ГПК РФ по сравнению со ст. 145 ГПК РСФСР исключено положение о руководстве суда ходом судебного заседания для выяснения всех действительных обстоятельств гражданского дела. Осуществление правосудия на основе состязательности и равноправия сторон предполагает надлежащее исполнение председательствующим обязанностей по созданию условий для всестороннего и полного исследования доказательств, для установления фактических обстоятельств дела (ст. 156 ГПК РФ), так как состязание сторон не должно стать

конфликтным противоборством.

Подготовка дела к судебному разбирательству проводится под руководством судьи, который организует и контролирует процессуальную деятельность её участников. Как справедливо отмечает В.М. Жуйков, главная задача суда – организовать такой процесс, в котором лицам, участвующим в деле, были бы созданы все условия для реализации ими своих процессуальных прав и выполнения лежащих на них процессуальных обязанностей⁵⁰. Безусловно, гарантиями этого являются и независимость суда, его объективное и беспристрастное отношение к лицам, участвующим в деле, и обеспечение их процессуального равноправия.

По смыслу норм, содержащихся в ст.ст. 150, 165 ГПК РФ, суд на этапе подготовки дела к судебному разбирательству и в судебном разбирательстве должен разъяснить лицам, участвующим в деле, их процессуальные права и обязанности для обеспечения возможности принять активное участие в подготовительных действиях. Наряду с оценкой доказательств, основная функция суда в условиях состязательного процесса состоит в осуществлении руководства процессом, разъяснении лицам, участвующим в деле, их прав и обязанностей⁵¹. Процесс не может быть состязательным, если судья в доходчивой форме не объяснит, как состязаться.

Несмотря на законодательное возложение на председательствующего обязанности в подготовительной части судебного заседания разъяснить участвующим в деле лицам их процессуальные права и обязанности, оно должно проводиться судом в соответствии с моментом, когда это необходимо. Разъяснение процессуальных прав и обязанностей как гарантия состязательности судопроизводства должно иметь место на разных этапах процессуальной деятельности. Важно также своевременное разъяснение судом процессуальных последствий непредставления доказательств на этапе рассмотрения дела по существу. Существующие в законодательстве положения о судебном руководстве процессом, об активной роли суда не во

всех случаях являются чётко и последовательно определёнными. Суд игнорирует их реализацию, так как они не всегда выражены именно в форме обязанности.

К сожалению, требование о таком разъяснении не акцентировано законодателем при формулировке задачи для этапа подготовки, что едва ли можно считать удачным в свете провозглашения состязательности судопроизводства. От добросовестности выполнения судом этой обязанности нередко зависит исход всего процесса⁵². Поэтому целесообразно дополнить перечень задач подготовки дела к судебному разбирательству предписанием суду принять меры для организации состязательного процесса посредством разъяснения сторонам их процессуальных прав и обязанностей, правовых последствий неиспользования своих прав, в том числе права представления доказательств в суд первой инстанции.

Дополнение перечня задач, указанных в норме ст. 148 ГПК РФ необходимо также и по следующим причинам. Если на данном этапе закладываются необходимые предпосылки для правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела, то подготовка – важное звено, одно из необходимых условий механизма правосудия по гражданским делам⁵³. В настоящее время, как справедливо указала Э.М. Мурадян, цивилистический процесс строится с явным перераспределением процессуальных действий *в начало*⁵⁴.

В порядке подготовки дела к судебному разбирательству суд опрашивает ответчика по обстоятельствам дела, выясняет его возражения и доказательства, их подтверждающие. Суд предупреждает стороны о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий. Применительно к принципу состязательности следует вести речь о таких положениях закона, которые связаны с движением доказательственного материала в процессе (ст.ст. 68, 79, 150 ГПК РФ).

Суд оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в реализации их прав. Это осуществляется по их ходатайствам, в частности, путём

истребования доказательств, в случаях, когда для сторон это затруднительно. Полномочия суда по оказанию процессуальной помощи сторонам и другим лицам, участвующим в деле, входят в содержание принципа состязательности с тем, чтобы юридическая неосведомлённость граждан и отсутствие у них опыта не могли бы стать препятствием для их активности в состязательном процессе. Чем скорее стороны (и другие лица, участвующие в деле) поймут, в чём смысл и процессуальная выгода в совершении ими определённых действий, тем более эффективной будет подготовка дела к судебному разбирательству, являющееся основой для последующего правильного и своевременного разрешения дела по существу.

Достижение целей гражданского судопроизводства зависит от правильности определения судом предмета доказывания. Это, безусловно, зависит от умения судьи анализировать поступивший к нему материал. Но особое значение имеет его способность в полной мере реализовать инициативу и активность сторон, максимально использовать те данные, которыми они располагают. Поэтому суд устанавливает предмет доказывания и разъясняет сторонам, какие конкретно доказательства они должны представить суду.

Судебная практика убедительно демонстрирует нецелесообразность реализации идеи «чистой» состязательности при пассивной роли суда. Речь должна идти о соединении инициативности сторон и активности суда. Выразить это в конкретных статьях – «достаточно сложная проблема юридической техники, которая является одной из главных для законодателя»⁵⁵.

При этом следует учесть принципиальную разницу действий суда по разъяснению прав и обязанностей и консультированием. Цели правосудия не будут достигнуты не только при реализации идеи «чистой состязательности», но и при различных проявлениях активности суда⁵⁶. Поэтому поиск оптимального баланса прав и обязанностей суда и лиц, участвующих в деле в

состязательном процессе – важная задача науки гражданского процессуального права.

В отличие от ранее действовавшего ГПК РСФСР в редакции от 30 ноября 1995 года, ГПК РФ содержит существенные отличия. Так, норма ст. 14 ГПК РСФСР обязывала суд оказывать содействие лицам, участвующим в деле, только в случаях, предусмотренных законом. Кроме того, суд был обязан, сохраняя беспристрастность, создавать необходимые условия для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. В сущности это означало возможность максимального устранения суда от установления действительных обстоятельств дела и возложения этой функции исключительно на сами стороны.

Но это не могло способствовать эффективной защите субъективных прав. В дальнейшем, «по-видимому, законодатель осознал, что ограничение активности суда в собирании и исследовании доказательств должно иметь свои разумные пределы»⁵⁷.

ГПК РФ содержит более удачную формулировку: суд оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в реализации их прав, которое, как представляется, определяется содержанием принципа состязательности и конкретными обстоятельствами дела. Кроме того, норма ч. 2 ст. 12 ГПК РФ указывает, что суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, осуществляет руководство процессом, разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупреждает о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий, создаёт условия для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств и правильного применения законодательства при рассмотрении и разрешении гражданских дел.

Нельзя не согласиться с А.Т. Боннером в его оценке, - в ГПК РФ существенно усилено состязательное начало, что выразилось как в появлении дополнительных состязательных полномочий у лиц, участвующих в деле, так и в повышении роли суда в собирании и исследовании доказательств⁵⁸.

Сотрудничество участников процесса является «важной направляющей силой, объединяющей различные по своему составу и ближайшему субъективному интересу действия, объективная роль совокупности которых, отражённая в их сознании, заключается в вынесении правосудного решения».⁵⁹

Правовые последствия действий, совершаемых и судом, и лицами, участвующими в деле, одинаково важны для итогов состязательного процесса. Суд обязан обеспечить нормальный ход состязательного процесса с точки зрения соответствия его требованиям закона, а стороны, желая добиться для себя благоприятного судебного решения, должны обеспечить привлечение в процесс достаточное количество доказательственного материала.

Следует признать судейскую активность как «неотъемлемое качество правосудия» при условии, что целью активности является направление процесса по курсу истины, справедливое, законное и обоснованное решение дела, обеспечение судьёй приоритета в исследовании обстоятельств, доказательств дела, в осуществлении процессуального права задавать вопросы»⁶⁰.

Суд как орган государственной власти, уполномоченный на осуществление правосудия по гражданским делам, должен организовывать и направлять процессуальную деятельность других субъектов так, чтобы в максимальной степени способствовать осуществлению их прав и обязанностей, а значит, и реализации общих задач и целей гражданского судопроизводства.

¹ Конституционный Суд РФ. Постановления. Определения // Сост. и отв. ред. Морщакова Т.Г. М., 2000. С. 75.

² См.: Губин Е.П., Сафиуллин Д.Н., Суханов Е.А. Хозяйственный договор. Общие положения. Свердловск. 1986. С.18.

- ³ См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права в 2х томах. Свердловск. 1972. С. 102 – 103; Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М.: Юрист. 1997. С. 149-150; Общая теория государства и права. Академический курс / Под ред. М.Н. Марченко. М.: Зерцало. 1998. С. 23; Хропанюк В.Н. Теория государства и права. М., 1997. С. 218; Философский энциклопедический словарь. ИНФРА-М. 1999. С. 363.
- ⁴ См.: Курс советского гражданского процессуального права / Под ред. А.А. Мельникова. М., 1981. С. 130; Ференс-Сороцкий А.А. Аксиомы и принципы гражданского процессуального права. Дисс.... канд. юр. наук. Л., 1989. С. 10-11; Тыричев И.В. Принципы советского уголовного процесса. М., 1983. С. 4; Букина В.С. Принципы советского гражданского процессуального права (теоретические вопросы понятия и системы). Дисс. ...канд. юр. наук. Л., 1975. С. 40, 135; Васильев А.М. О правовых идеях-принципах // Советское государство и право. 1975. №3. С. 12; Шейндлин Б.В. Сущность советского права. Л., 1959. С. 65; Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С.31; Савинов Ю.П. Место системы принципов в предмете науки гражданского процессуального права. Автореф. дисс.... канд. юр. наук. Л., 1956. С. 4.
- ⁵ См.: Жуйков В.М. Принцип состязательности в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. №6. С. 24 – 29; Тараненко В.Ф. Принципы диспозитивности и состязательности в советском гражданском процессе. М., 1990, С. 33-53; Гражданское процессуальное право. Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Проспект. 2004. С. 56; Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Зерцало. 2003. С. 101, 109.
- ⁶ См.: Тараненко В.Ф. Содержание принципа состязательности в советском гражданском процессе. Труды ВЮЗИ. М., 1971. т. 27. С. 5-30; Арбитражный процесс. Учебник / Под ред. М.К. Треушниковой. М.: Городец. 2003. С. 86-87; Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. Гражданский процесс. М.: Норма. 2004. С. 64-65; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М.: «Юристъ». 2003. С. 142-144; Гражданский процесс. Учебник / Под ред. В.В. Яркова. М.: Wolters Kluwer. 2004. С. 38-40. И др.
- ⁷ См.: Шишкин С.А. Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав. Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1996. С.16; Самсонов В.В. Состязательность в гражданском процессуальном праве. Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1999. С. 42.
- ⁸ Гражданский процесс. Учебник / Под ред. В.В. Яркова. М.: Wolters Kluwer. 2004. С. 38-39.
- ⁹ Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М., 1997. С. 23.
- ¹⁰ См.: Гредескул Н. К оценке теории состязательного начала в гражданском процессе // Журнал юр. Общества при Импер. СПб Университете. 1898. Кн. 2. С. 80-81.
- ¹¹ См.: Шишкин С.А. Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав. Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1996. С. 139, 141, 155, 159; Боннер А.Т. Гражданский процессуальный кодекс РФ: проблемы применения. М.: Лексэст. 2005. С. 24-25; Кашепов В.П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства её реализации // Государство и право. 1998. №2. С. 69; Советский гражданский процесс. М., 1967. С. 37; Самсонов В.В. Состязательность в гражданском процессуальном праве. Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1999. С. 43, 54, 56, 60; Зайцев И.М. Процессуальные функции гражданского судопроизводства. Саратов. 1990. С. 43; Советский гражданский процесс. М., 1964. С. 29; Савельева Т.А. Судебная власть в гражданском процессе. Автореф. дисс. ... канд юр. наук. Саратов. 1996. С. 14; Резниченко И.М. Психологические аспекты принципа состязательности в гражданском процессе // Актуальные проблемы теории юридических доказательств. Иркутск. 1984. С. 58; Жуйков В.М. Изменения в ГПК были необходимы // Законность. 1996. №3. С. 19; Фокина М.А. Процессуальное сотрудничество в состязательном гражданском судопроизводстве // Вестник СГАП. 1996. №1. С. 54;
- ¹² См.: Комментарий к АПК РФ / Под ред. М. С. Шакарян. М.: Проспект. 2003. С. 601.
- ¹³ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Зерцало. 2003. С. 176-179.
- ¹⁴ Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 177.
- ¹⁵ См.: Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. М., 2000. С. 13-14.
- ¹⁶ Иеринг Р. Цель в праве. Т. 1, СПб., 1881. С. 76.
- ¹⁷ Зайцев И.М. Соотношение публично-правового и частноправового в гражданском процессуальном кодексе // Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции / Под ред. В.В. Яркова. Екатеринбург. 1998. С. 27-32; Бабаков В.А. Публично- и частноправовые начала в гражданском процессуальном праве // Там же. С. 207-218; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М.: Юристъ. 2003. С. 23-31.
- ¹⁸ Энциклопедия права: Учебное пособие / Хутыз М.Х., Сергейко П.Н. Кубан. гос. университет. 1995. С. 13.
- ¹⁹ См.: Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. Теоретико – информационный аспект. Саратов, 1994. С. 59.
- ²⁰ См.: Коваленко А.Г. Состязательные начала как условие защиты прав граждан в ходе судебной реформы // Государство и право на рубеже веков. М., 2001. С. 162.
- ²¹ Рехтер В.В. Проблемы реализации принципа состязательности в арбитражном процессе // Вестник ВАС РФ. 1999. №11. С. 96-99.
- ²² См.: Комментарий к ГПК РФ / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Проспект. 2007. С. 278.

- ²³ На данное обстоятельство обращается внимание в процессуальной литературе. См.: Баулин О.В. Раскрытие доказательств в новом процессуальном законодательстве // Законодательство. 2005. № 4. С. 73; Комментарий к ГПК РФ / Под ред. Г.А. Жилина. М., 2003. С. 275.
- ²⁴ Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М.: Городец. 1997. С. 36.
- ²⁵ Шишкин С.А. Указ. соч. С. 46-50.
- ²⁶ Пучинский В.К. Гражданский процесс США. М., 1985. С. 52; Фильченко Д. Г. Практика применения положений АПК РФ о раскрытии доказательств // Право и экономика. 2006. №1. С. 71; Беков Я.Х. Правило о раскрытии доказательств в свете принципа состязательности в гражданском судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. Сборник научных трудов. М.: МГЮА. Выпуск 1. С. 192; Баулин О.В. Раскрытие доказательств в новом процессуальном законодательстве // Законодательство. 2005. № 4. С. 74.
- ²⁷ См.: Баулин О.В. Бремена доказывания при разбирательстве гражданских дел. Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 14; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 49.
- ²⁸ См.: Баулин О.В. Раскрытие доказательств в новом процессуальном законодательстве // Законодательство. 2005. № 4. С. 73.
- ²⁹ Постановление Пленума ВАС от 20.12.2006 N 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству». СПС Гарант.
- ³⁰ См.: Фильченко Д. Г. Практика применения положений АПК РФ о раскрытии доказательств // Право и экономика. 2006. №1. С. 70.
- ³¹ Фильченко Д.Г. Современные проблемы подготовки дела к судебному разбирательству в арбитражном процессе РФ. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. Воронеж. 2005. С. 7-8.
- ³² Арбитражный процесс. Учебник / Под ред. Р.Е. Гукасяна. М.: Проспект. 2006. С. 42. Автор главы – А.Т. Боннер.
- ³³ Гражданский процесс зарубежных стран. Учебное пособие / Под ред. А.Г. Давтян. М.: Проспект. 2008. С. 207.
- ³⁴ Комментарий к ГПК РФ / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Проспект. 2003. С. 280; Шумейко Е.С. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов. 2000. С. 20.
- ³⁵ См.: Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М.: Норма. 2007. С. 26-27.
- ³⁶ См.: Комментарий к ГПК РФ / Под ред. Г.А. Жилина. М., 2003. С. 314.
- ³⁷ Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 41-42.
- ³⁸ Баулин О.В. Раскрытие доказательств в новом процессуальном законодательстве // Законодательство. 2005. № 4. С. 74; Он же. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М.: Городец. 2004. С. 154.
- ³⁹ Фильченко Д. Практика применения положений АПК РФ о раскрытии доказательств // Право и экономика. 2006. №1. С. 71.
- ⁴⁰ Беков Я.Х. Правило о раскрытии доказательств в свете принципа состязательности в гражданском судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. Сборник научных трудов. М.: МГЮА. Выпуск 1. С. 187.
- ⁴¹ Баулин О.В. Раскрытие доказательств в новом процессуальном законодательстве // Законодательство. 2005. № 4. С. 73.
- ⁴² Решетникова И.В. Состязательная система доказывания: новеллы АПК РФ // Российская юстиция. 2003. №9. С. 32.
- ⁴³ См.: Решетникова И.В. Состязательный российский арбитражный процесс: проблемы развития // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. М., 2006. № 5. С. 189.
- ⁴⁴ Решетникова И.В. Указ. соч. С. 190.
- ⁴⁵ Беков Я.Х. Указ. соч. С. 189.
- ⁴⁶ Баулин О.В. Указ. соч. С. 73.
- ⁴⁷ Жуйков В.М. Изменения ГПК были необходимы // Законность. 1996. №3. С. 20.
- ⁴⁸ См.: Шишкин С.А. Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав. Дисс. канд. юр. наук. М., 1996. С. 151, 155; Решетникова И.В. Состязательный российский арбитражный процесс: проблемы развития // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. М., 2006. № 5. С. 194, 199.
- ⁴⁹ В процессуальной литературе обращается внимание на отсутствие эффективных процессуальных механизмов, позволяющих облегчить доступ к правосудию для малоимущих, в том числе механизмов, стимулирующих оказание бесплатной юридической помощи. См.: Приходько И.А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. Автореф. дисс.... доктора юрид. наук. М., 2005. С. 9
- ⁵⁰ См.: Жуйков В.М. Принцип состязательности в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. № 6. С. 25.

-
- ⁵¹ См.: Алиескеров М. А. Принцип состязательности и юридическая помощь в гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 3. С. 2.
- ⁵² К сожалению, к выполнению обязанности разъяснения процессуальных прав судьи подходят крайне формально. Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга за 2006-07 год. Из личной практики диссертанта.
- ⁵³ См.: Цихоцкий А.В. Цель и пределы действия стадии подготовки дела к судебному разбирательству // Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования / Под ред. В.Ф. Воловича, Б.Л. Хаскельберга, В.Н.Щеглова. Томск, 1987. С. 319-320.
- ⁵⁴ См.: Мурадян Э.М. Судебное право (в контексте трёх процессуальных кодексов). М., 2003. С. 82.
- ⁵⁵ Треушников М.К., Малешин Д.Я. Новый ГПК России 2002 года: некоторые социокультурные особенности // Вестник Московского Университета. Сер. 11. Право. 2004, №4. С. 58-59.
- ⁵⁶ См.: Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М.: Городец. 2004. С. 160.
- ⁵⁷ Боннер А.Т. Гражданский процессуальный кодекс РФ. Проблемы применения. ЛексЭст. М., 2005. С. 24.
- ⁵⁸ См.: Боннер А.Т. Указ. соч. С. 25.
- ⁵⁹ Гурвич М.А. Структура и движение гражданского процессуального правоотношения // Труды ВЮЗИ. Т. 38. М., 1975. С. 33.
- ⁶⁰ Мурадян Э.М. Судебное право (в контексте трёх процессуальных кодексов). М., 2003. С. 106.

ПРАВО НА ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ИСКА ПО ДЕЛАМ, СВЯЗАННЫМ С НАСЛЕДОВАНИЕМ

ЯНЕВА Р.Р.,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: *иск, предпосылки, наследование, подведомственность, подсудность.*

В статье автором проводится анализ теоретических и практических проблем реализации права на предъявление иска, связанного с наследованием, исследуются его предпосылки и условия. Особое внимание уделено вопросам о подведомственности и подсудности рассматриваемых дел.

Key words: *action, prerequisites, inheritance, Jurisdiction.*

In the article the author examines the theoretical and practical problems of implementing the right to sue related to inheritance, to examine his assumptions and conditions. Particular attention is paid to issues of jurisdiction and admissibility of cases.

Защита прав, вытекающих из наследственных правоотношений, может происходить в двух формах: нотариальной и судебной. Право на судебную защиту граждан и юридических лиц не может быть отменено или ограничено, оно является абсолютным¹. В судебном порядке наследственные

права, как правило, можно защитить путем предъявления иска. В случае возникновения спора, связанного с наследованием, можно предполагать существование у заинтересованного лица права на иск, вытекающий из наследственных правоотношений.

Судебная защита гражданских прав обеспечивается наделением заинтересованных лиц правом на предъявление иска, что, в свою очередь предполагает существование определенных обстоятельств – предпосылок. Предпосылками права на предъявление иска, связанного с наследованием, являются: 1) процессуальная правоспособность истца и ответчика, т.е. способность быть стороной, в том числе и в наследственном деле; 2) подведомственность дела суду; 3) согласно п. 1 ст. 134 ГПК РФ, судья не вправе рассматривать и разрешать заявление, поданное от своего имени, в котором оспариваются акты, не затрагивающие права и интересы заявителя. Таковым актом в наследственном деле может выступать, например, свидетельство о праве на наследство, если оно было выдано нотариальным органом. Таким образом, в качестве одной из предпосылок, ГПК РФ предусматривает юридическую заинтересованность заявителя; 4) отсутствие вступившего в законную силу решения суда по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям или определения суда о прекращении дела в связи с принятием отказа истца от иска или утверждением мирового соглашения сторон.

Также в качестве одной из предпосылок права на предъявление иска закон предусматривает отсутствие ставшего обязательным для сторон и принятого по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решения третейского суда, за исключением случаев, когда суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (п. 3 ст. 134 ГПК РФ). Однако в силу сложившейся судебной практики разрешение третейскими судами дел, связанных с наследованием, не получило распространения.

Более подробно хотелось бы остановиться на анализе вопроса о подведомственности дел, связанных с наследованием.

Право на судебную защиту реализуется посредством обращения заинтересованного лица в соответствующий орган. При этом «правильное определение подведомственности гражданского дела требует анализа не только собственно процессуальных законов, но и материально-правового акта, регулирующего отношение, по поводу которого возбуждается дело»².

Подведомственность является важнейшей предпосылкой права на обращение в суд, она определяется как круг споров о праве и иных материально - правовых вопросов индивидуального значения, разрешение которых отнесено к ведению тех или иных органов государства, общественности либо органов смешанного характера³. В науке гражданского процессуального права существуют и иные подходы к определению правовой природы института подведомственности⁴.

На наш взгляд, в теории гражданского процесса вопрос о сущности и видах подведомственности был изучен достаточно широко, поэтому, не вдаваясь в научную полемику, хотелось бы в работе акцентировать внимание на подведомственности дел, связанных с наследованием.

Вопрос о подведомственности дел, связанных с наследованием, в первую очередь, возникает при разграничении компетенции между нотариальными и судебными органами.

В соответствии со ст. 22 ГПК РФ, по общему правилу, исковые дела о защите прав, связанных с наследованием, подведомственны суду общей юрисдикции, однако, зачастую прежде чем стать предметом судебного производства, наследственное правоотношение является предметом нотариального.⁵ Согласно ст. 36 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате (далее по тексту – Основы) в сфере наследственных правоотношений нотариусы, работающие в государственных нотариальных конторах, совершают нотариальные действия, предусмотренные статьей 35 Основ, а также выдают свидетельства о праве на наследство и принимают

меры к охране наследственного имущества. При отсутствии в нотариальном округе государственной нотариальной конторы совершение названных нотариальных действий поручается совместным решением органа юстиции и нотариальной палаты одному из нотариусов, занимающихся частной практикой.

К.В. Гринберг, характеризуя подведомственность дел о наследовании, указывала, что она является единичной и разновидностью специальной. «Разрешение дел о наследовании подведомственно нотариальным органам, и лишь в случае возникновения спора они рассматриваются судебными органами»⁶. Р.А. Арупов также связывал судебную защиту наследственных прав в порядке искового производства с возникновением спора. Таким образом, в качестве главного критерия разграничения подведомственности дел, связанных с наследованием, большинство ученых называют наличие или отсутствие спора о праве⁷.

Спорные правоотношения не всегда могут характеризоваться нарушением прав или препятствием в их реализации со стороны обязанного лица. Спорными в некоторых случаях признаются и такие правоотношения, в которых в результате их сложности, запутанности, права и обязанности не могут быть определены сторонами этих правоотношений⁸.

Достаточно интересен вопрос о критериях отнесения того или иного наследственного дела на рассмотрение судебного или нотариального органа. Большинство авторов указывают, что в случае, если после открытия наследственного дела нотариусом, возникает спор о праве на наследство, то оно должно быть рассмотрено в суде в порядке искового производства⁹. П.С. Никитюк указывал, что наследственное правоотношение нормально движется в сфере нотариального производства при отсутствии между лицами, считающими себя наследниками, спора о праве на наследование или о наследственном имуществе, в том числе и о порядке раздела наследства¹⁰. Так происходит разграничение подведомственности между судебными и нотариальными органами по делам, связанным с наследованием.

По нашему мнению, условно можно выделить две группы дел, связанных с наследованием: 1) требования, направленные на восстановление наследственных прав заявителя. Судебное решение по таким делам становится для наследников правоустанавливающим документом, и им больше не нужно обращаться в нотариальные органы для получения свидетельства о праве на наследство¹¹; 2) требования, которые не направлены на восстановление наследственных прав, но переход имущества в порядке наследования является одним из их оснований.

Следует отметить, что вторая группа споров имеет определенную специфику, поскольку здесь на наследственное имущество претендуют лица, не являющиеся наследниками ни по закону, ни по завещанию, то есть кредиторы наследодателя. В ст. 1175 ГК РФ отсутствуют указания на невозможность подачи нотариусу претензий кредиторов к наследникам должника – наследодателя. Также, согласно статье 63 Основ, претензии кредиторов наследодателя принимает нотариус по месту открытия наследства. Однако, наличие претензий кредиторов наследодателя к его наследникам, принявшим наследство, не может стать причиной отказа нотариуса в выдаче последнего свидетельства о праве на наследство вне зависимости от того согласны ли наследники с требованиями кредиторов либо нет. Наличие претензий кредиторов не приостанавливает выдачу свидетельства о праве на наследство, поскольку последняя необходима, прежде всего, для того, чтобы наследники были извещены нотариусом о наличии у наследодателя неисполненных имущественных обязательств¹². В случае несогласия наследников с требованиями кредиторов наследодателя, данный спор подлежит разрешению исключительно в судебном порядке, что должно быть разъяснено заинтересованным лицам нотариусом. В соответствии с п. 3 ст. 1175 ГК РФ, кредиторы вправе предъявить свои требования к принявшим наследство наследникам в пределах срока исковой давности, установленных для соответствующих требований.

В.Н. Аргунов указывает, что норма ГК РФ о праве кредиторов

предъявлять требования к наследственному имуществу, не вписывается в механизм исковой защиты права¹³. Однако, мы считаем, необходимо учитывать, что согласно положению ч. 3 ст. 1175 ГК РФ, кредиторы вправе предъявить свои требования именно к принявшим наследство наследникам, что не противоречит правилам искового производства. До принятия наследства наследниками иски кредиторов могут быть действительно предъявлены к наследственному имуществу, в результате чего суд приостанавливает рассмотрение дела до принятия наследства наследниками или перехода выморочного имущества государству, его субъекту или муниципальному образованию, но, фактически, такие требования не будут рассматриваться судом до тех пор, пока в деле не появятся ответчики. Данное положение вполне соответствует механизму исковой защиты права.

Некоторые авторы указывают, что в порядке искового производства в суде могут рассматриваться наследственные дела, в которых отсутствует спор о праве. К.В. Гринберг писала, что спор о праве необходимо отличать от таких ситуаций, когда субъективное право никем не нарушено и не оспаривается, но не может быть реализовано без властного подтверждения компетентным юрисдикционным органом¹⁴. Т.В. Саломатова также указывает, что существует категория дел, связанных с наследованием, которая, несмотря на бесспорность, подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции в порядке искового производства – о продлении срока для принятия наследства в тех случаях, когда заявившее лицо является единственным наследником умершего¹⁵. На наш взгляд, прежде всего, необходимо отметить, что продление срока для принятия наследства действующим наследственным законодательством больше не предусматривается. В настоящее время в случае пропуска данного срока суд может восстановить его (ст. 1155 ГК РФ). Все же нельзя не указать, что позиция указанных авторов нарушает последовательность их суждений о том, что главным критерием разграничения подведомственности по наследственным делам является спор о праве. В том случае, когда гражданин

пропустил срок на принятие наследства и обращается в суд с требованием о его продлении, речь идет по существу о признании за ним права на наследственное имущество. Данный вывод следует из положений действовавшего на тот период времени постановления Пленума Верховного Суда СССР от 01.07.1966 г., в котором указывалось, что в случае продления срока для принятия наследства, суд должен решить вопрос о признании за истцом права на причитающуюся ему часть имущества, поскольку наследство за это время могло перейти в собственность других наследников. Наследники, принявшие наследство, выступают в таком случае ответчиками по делу¹⁶. Если же других наследников нет, или они отказались от наследства, ответчиком по иску о продлении срока для принятия наследства должно было выступать государство, в собственность которого переходило наследство.

Споры о продлении срока на принятие наследства законодатель относил к компетенции суда, а не нотариальных органов, выполняющих всю основную нагрузку по охране наследственных прав, поскольку такие дела обладают необходимыми свойствами, позволяющими их отнести именно к судебной подведомственности. Срок на принятие наследства носит материально-правовой характер и продлевался потому, что наследник нуждался в признании существования его права на наследство¹⁷.

Наличие спора о праве, безусловно, существует, если финансовые органы государства возражали против продления срока для принятия наследства. Однако, согласие последних с продлением срока на принятие наследства, по нашему мнению, также не является доказательством бесспорности данного дела. Обращение наследника в суд с требованием о продлении срока для принятия наследства является необходимостью ввиду существования субъекта, который по закону имеет право на выморочное имущество.

Аналогичным образом решается вопрос и по делам о восстановлении срока для принятия наследства. В том случае, когда гражданин пропустил

срок для принятия наследства и обращается в суд с требованием о его восстановлении, речь также идет о признании за ним права на наследственное имущество, поскольку это следует из ч. 3 ст. 1155 ГК РФ. В случае если заявитель является единственным наследником умершего, дело о восстановлении срока для принятия наследства должно рассматриваться по правилам искового производства, поскольку наследственное имущество считается выморочным. Субъекты, обладающие правом наследования выморочного имущества, являются особыми наследниками по закону, не относящимися ни к одной из очередей. Особенность наследования выморочного имущества состоит в том, что наследник — Российская Федерация заранее выразила в законе волю на приобретение любого выморочного имущества ею, а также муниципальными образованиями или субъектами Российской Федерации — городами федерального значения Москвой или Санкт - Петербургом, если таковым имуществом являются жилые помещения, расположенные в них (ст. 1151, 1152 и 1157 ГК РФ). Поэтому при наследовании такого имущества, принятия наследства не требуется (п. 1 ст. 1152 ГК РФ), а отказ от него не допускается (п. 1 ст. 1157 ГК РФ)¹⁸. Таким образом, в делах о восстановлении срока на принятие наследства существует спор о праве независимо от наличия возражений со стороны финансовых органов субъекта, являющегося законным наследником выморочного имущества.

Некоторыми учеными в качестве критерия определения подведомственности дела о наследовании, предлагается рассматривать субъектный состав спорного правоотношения¹⁹. В данном случае следует определиться, по какому критерию происходит определение субъектного состава наследственного правоотношения. Если таковых подразделять на лица физические и юридические, то следует отметить, что субъектами спорного наследственного правоотношения могут выступать и те и другие (ст. 1116 ГК РФ), а также государство, города федерального значения Москва и Санкт – Петербург или муниципальные образования (ч. 2 ст. 1151 ГК РФ).

В таком случае о влиянии данного субъектного состава спорного правоотношения на распределение подведомственности между судом и нотариатом говорить достаточно сложно, следовательно, такой качественный состав субъектов правоотношения, связанного с наследованием, не является решающим критерием для определения подведомственности наследственного дела.

Если наследственное правоотношение возникает между наследниками по закону или по завещанию по поводу наследственного имущества, где исключена спорность права, то оно становится предметом нотариального производства. Если возникает спор, связанный с нарушением или оспариванием наследственного права, либо права, вытекающего из наследственного правоотношения, то такие дела подлежат рассмотрению судом в порядке искового производства.

Мы считаем, что рассмотрение споров о наследственных правах подведомственно судам общей юрисдикции. Однако возможность рассмотрения данных дел арбитражными судами в научной литературе не исключается, так, Н. Остапюк указывал, что «возникший между заинтересованными лицами спор о праве, основанный на совершенном нотариальном действии, рассматривается судом общей юрисдикции или арбитражным судом, если спор возник между организациями»²⁰. Необходимо отметить, что по общему правилу отнесение к подведомственности арбитражных судов дел искового производства осуществляется на основании совокупности двух признаков – характера спора и самих спорящих субъектов. Спор, подведомственный арбитражному суду, должен носить экономический характер, прежде всего, связанный с осуществлением предпринимательской деятельности, а его субъекты должны обладать статусом юридического лица или индивидуального предпринимателя (ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса РФ). В свою очередь, согласно ст. 2 ГК РФ, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение

прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Таким образом, деятельность, направленная на осуществление наследственных прав, не может иметь предпринимательского характера, поскольку не направлена на систематическое получение прибыли. Из этого следует, что правовая природа наследственных правоотношений исключает возможность рассмотрения таких дел в порядке арбитражного судопроизводства.

Также необходимо учитывать, что в соответствии с нормами наследственного права (ст. 1113, 1118 ГК РФ), наследодателем может являться только лицо физическое. Сам факт, что к наследованию по завещанию, согласно ст. 1116 ГК РФ, могут призываться юридические лица, не означает, что такие дела могут рассматриваться в арбитражных судах²¹, поскольку последним дело подведомственно, по общему правилу, в случае соответствия спора двум предусмотренным законом признакам в совокупности.

Так, гражданин А. обратился в арбитражный суд с иском к нотариусу о признании недействительной удостоверительной надписи на договоре купли продажи земельного участка, перешедшего в порядке наследования к продавцу. Арбитражный суд прекратил производство в связи с неподведомственностью дела (п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ). Апелляционный суд отменил определение суда первой инстанции по безусловным основаниям, в связи с отсутствием в деле протокола судебного заседания в соответствии с п. 6 ч. 4 ст. 270 АПК РФ. Производство по делу прекращено по п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ. Постановлением Федерального арбитражного суда Центрального округа от 5 апреля 2007 г. № А36 – 2180/2006 было прекращено производство по делу в связи с тем, что истец – гражданин и не имеет статуса предпринимателя, спор вытекает из личных требований, связан с наследованием и не имеет экономического характера, что исключает возможность рассмотрения дела в рамках арбитражного судопроизводства²².

Если же предмет иска составляют не наследственные права, то рассмотрение такого дела арбитражным судом не должно исключаться. Например, если в состав наследства входят акции, в связи с которыми возникает спор с акционерным обществом, то такой спор между наследником акционера и акционерным обществом должен разрешаться в арбитражном суде²³. Данный вывод следует из того, что в соответствии с п. 4 ст. 33 АПК РФ, арбитражные суды рассматривают дела по спорам между акционером и акционерным обществом, а в силу ч. 3 ст. 1176 ГК РФ наследник, к которому перешли акции, становится участником акционерного общества. Также, если возникает спор между кредитором и наследником по завещанию, являющимися юридическими лицами, он подлежит рассмотрению арбитражным судом, поскольку предметом иска является не наследственное право, а обязательственное. Например, Постановлением Федерального арбитражного суда Уральского округа от 21 января 2004 г. № Ф09 – 4039/03ГК было направлено на новое рассмотрение дело о признании недействительными реорганизации юридического лица, решения общего собрания и Устава, поскольку спор между товариществом и истцами – физическими лицами, которые претендуют на долю участника общества в уставном капитале в порядке наследования, вытекает из деятельности товарищества и подлежит рассмотрению в арбитражном суде, прекращение производства по делу на основании п.4 ст. 33 АПК РФ было признано неправомерным²⁴. Однако в данном случае дело подлежит рассмотрению в арбитражном суде, поскольку спорные правоотношения не являются наследственными, а регулируются корпоративным законодательством и имеют явно экономический характер.

Необходимо отметить, что статья 33 АПК РФ, в исключение из общего правила, закрепленного в ст. 27 АПК РФ, устанавливающего подведомственность дел арбитражным судам по совокупности двух критериев (субъектам спора и характеру спора), относит к подведомственности арбитражных судов некоторые категории дел

независимо от того, являются ли участниками правоотношений, из которых возник спор или требование, юридические лица, индивидуальные предприниматели или иные организации и граждане. Как справедливо отмечает Г.А. Жилин, значительное количество гражданских дел, ранее подведомственных судам общей юрисдикции, тем самым передано в подведомственность арбитражных судов²⁵. Однако данная норма не изменяет другого критерия отнесения споров к подведомственности арбитражных судов – их правовой природы.

Таким образом, можно сделать вывод, что подведомственность дел о наследовании арбитражным судам исключена в силу того, что они не вытекают из предпринимательской деятельности сторон. Данное положение, на наш взгляд, в интересах законности и совершенствования судебной практики, можно закрепить в разъясняющих Постановлениях Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов.

В соответствии со ст. 3 ГПК РФ, стороны по взаимному соглашению, если иное не предусмотрено федеральным законом, могут передать разрешение спора третейскому суду. Рассмотрение гражданско-правового спора является альтернативой разбирательству в государственных судах. В литературе отмечается, что в последние годы увеличилось число третейских судов и рассмотренных ими споров. Однако расширение третейской формы защиты происходит исключительно в сфере предпринимательской деятельности. Это связано с тем, что законодательство, действующее до принятия ФЗ «О третейских судах в РФ», во-первых, допускало передачу на рассмотрение в третейский суд споров только между гражданами; во-вторых, не предусматривало возможности создания постоянно действующих третейских судов; в-третьих, устанавливало, что третейское разбирательство должно быть бесплатным²⁶.

В ч. 2. ст. 1 ФЗ «О третейских судах в РФ» содержится правило о том, что для рассмотрения в третейский суд может передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений. Процессуальное

законодательство не содержит общих норм, непосредственно решающих вопрос о том, какие именно гражданско-правовые споры могут передаваться на рассмотрение третейских судов, и основывается на принципе, согласно которому любой спор в сфере частного права, подведомственный государственным судам, может по соглашению сторон передаваться на разрешение третейского суда, если только это прямо не запрещено законом (п. 3 ст. 3 ГПК РФ). Так, некоторые категории дел, связанных с наследованием, подведомственны только государственному суду: о восстановлении срока для принятия наследства (ст. 1155 ГК РФ); о признании завещания недействительным (ст. 1131 ГК РФ); о признании наследника недостойным (ст. 1117 ГК РФ); об изменении размера обязательной доли наследства (ст. 1149 ГК РФ) и другие.

В свою очередь, представляется, что споры о разделе наследственного имущества, о порядке пользования неделимым наследством и о взыскании долгов наследодателя могут быть подведомственны третейскому суду, поскольку в законе не указано иное. Следует отметить, что объектом данных споров является наследственное имущество, в том числе и недвижимое. Поскольку право собственности на недвижимое имущество возникает с момента его государственной регистрации, то в научной литературе обсуждался вопрос о возможности рассмотрения третейскими судами споров, связанных с признанием права собственности на недвижимое имущество²⁷. Рекомендация о возможности рассмотрения третейскими судами споров в сфере недвижимости содержится в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за четвертый квартал 2004 г.²⁸, где на вопрос о том, может ли решение третейского суда являться основанием для регистрации прав на недвижимое имущество, дан положительный ответ.

Однако на практике разрешение третейскими судами споров, связанных с наследованием, не получило распространения. Возможно, что одной из причин этого можно назвать исторически сложившийся подход,

запрещающий третейскому суду разрешать бесспорные наследственные дела²⁹.

Установив, что истец обладает правом на предъявление иска, судья проверяет соблюдение им установленных процессуальным законодательством условий. Из предусмотренных ст. 135 ГПК РФ положений, специфику имеют лишь некоторые процессуальные условия, которые определяют надлежащее осуществление имеющегося у лица права на обращение в суд с иском по наследственным делам. Во-первых, для истца отсутствует необходимость в соблюдении досудебного порядка разрешения спора, поскольку он не предусмотрен действующим законодательством.

Государственная пошлина за рассмотрение в суде дела, связанного с наследованием, как и по другим категориям дел, подлежит оплате в размерах, предусмотренных действующим налоговым законодательством (ст. 333.19 Налогового кодекса РФ). Можно согласиться с позицией Р.А. Арупова о том, что по сравнению с нотариальной, судебная форма защиты прав является более выгодной для заявителей³⁰. Однако следует иметь в виду, что в данном случае нельзя говорить об альтернативной подведомственности дела, связанного с наследованием, поскольку порядок оформления в частности, наследственных прав таков, что в течение установленного законом срока, наследник сначала обращается в соответствующий нотариальный орган с заявлением о выдаче свидетельства о праве на наследство, оплачивая при этом, как правило, государственную пошлину в соответствии со ст. 333.24 НК РФ, после совершения нотариусом необходимых действий, а в случае возникновения спора, связанного с наследованием, дело подлежит рассмотрению в судебном порядке.

Одним из важнейших условий реализации гражданами права на предъявление иска, связанного с наследованием, является соблюдение правил о подсудности. По общему правилу дела, связанные с наследованием, подсудны районным судам. Федеральным законом от 22.07.2008 г. «О внесении изменений в статью 3 Федерального закона «О мировых судах в

Российской Федерации» и статью 23 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» дела о наследовании из подсудности мировых судей исключены. Как указывается в Пояснительной записке Верховного Суда РФ, данная категория дел для мировых судей представляет определенную сложность, связанную с необходимостью сбора доказательств, установлением круга лиц, участвующих в деле, а также со сложностью применяемого законодательства.

Если проанализировать в совокупности нормы процессуального и материального права, то можно отметить, что в соответствии со ст. 122 ГПК РФ, существует возможность выдачи судебного приказа, если требование заявителя основано на нотариально удостоверенной сделке. Согласно ч. 5 ст. 1118 ГК РФ, завещание является сделкой, и если оно было составлено с соблюдением требований, установленных ст. 1124 – 1129 ГК РФ, то теоретически существует возможность возбуждения приказного производства, основанного на такой сделке. Однако все же выдача судебного приказа на основании завещания является невозможной, поскольку последнее является сделкой односторонней, содержанием которой являются не права и обязанности ее субъектов, а распоряжение наследодателя по поводу принадлежащего ему имущества.

В отличие от других сделок, которые сами по себе в силу их совершения порождают юридические последствия, завещание при жизни завещателя юридически безразлично и ни в коей мере не связывает завещателя в праве распоряжаться завещанным имуществом (п. 5 ст. 1118 ГК РФ). Именно эта особенность завещания объясняет включение в закон нормы, предусматривающей, что оспаривание завещания при жизни завещателя не допускается³¹.

В приказном порядке возможно рассмотрение требований заявителей – кредиторов наследодателя к его наследникам, если последние основаны на нотариально удостоверенной сделке (ст. 1175 ГК РФ). При этом для решения вопроса о возможности вынесения судебного приказа, размер требований

кредиторов наследодателя значения не имеет³².

Дела, связанные с наследованием, не могут быть подсудны военным судам. Данное положение следует из ст. 7 ФКЗ «О военных судах в РФ», согласно которой военным судам подсудны гражданские дела с участием военнослужащих Вооруженных Сил РФ, других войск, воинских формирований и федеральных органов исполнительной власти, в которых федеральным законом предусмотрена военная служба, граждан, проходящих военные сборы, связанные с защитой их нарушенных и (или) оспариваемых прав, свобод или охраняемых законом интересов в результате действий (бездействия) органов военного управления, воинских должностных лиц и принятых ими решений. К ведению военных судов отнесено рассмотрение также жалоб граждан, уволенных с военной службы, граждан, прошедших военные сборы, на действия (бездействие) органов военного управления, воинских должностных лиц и принятые ими решения, нарушившие права, свободы и охраняемые законом интересы указанных граждан в период прохождения ими военной службы, военных сборов.

По общему правилу (ст. 28 ГПК РФ) дела, связанные с наследованием, рассматриваются по месту жительства ответчика. В случае если иск предъявляется к юридическому лицу, то заявление подается по месту его нахождения. Иски, связанные с наследованием, могут предъявляться и в соответствии с правилами об альтернативной подсудности. Применительно к таким делам существует несколько основных категорий дел, по которым истец может обратиться в один из нескольких судов, предусмотренных законом: 1) иск к наследнику, место жительства которого неизвестно, или который не имеет места жительства в Российской Федерации, может быть предъявлен в суд по месту нахождения его имущества или по последнему известному месту жительства в Российской Федерации; 2) иск о возмещении вреда, причиненного наследодателем, может быть предъявлен по месту жительства наследодателя или по месту причинения вреда; 3) иск кредитора наследодателя к его наследникам может

быть подан по месту исполнения договора; 4) иск к организации, вытекающий из деятельности ее филиала или представительства, если последние, например, являются наследниками по завещанию, может быть предъявлен также по месту их нахождения.

В соответствии со ст. 30 ГПК РФ установлены правила исключительной подсудности гражданских дел. Иски о правах на земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, многолетние насаждения, здания, в том числе жилые и нежилые помещения, строения, сооружения, другие объекты, прочно связанные с землей, а также об освобождении имущества от ареста предъявляются в суд по месту нахождения этих объектов или арестованного имущества. Так, если предметом наследования является недвижимое имущество и должен быть решен вопрос о праве собственности на него, то дело подсудно суду по месту нахождения такого имущества. В том случае, если недвижимое имущество находится в разных местах, то иск должен подаваться по месту нахождения наиболее ценной его части. Ценность имущества должна определяться исходя из его рыночной стоимости (ст. 1115 ГК РФ).

Также, иски кредиторов наследодателя, предъявляемые до принятия наследства наследниками, подсудны суду по месту открытия наследства (ч. 2 ст. 30 ГПК РФ). Данное положение объясняется тем, что такие иски предъявляются не к конкретным наследникам наследодателя (которых еще нет и возможна ситуация, что и не будет, если например, они откажутся от принятия наследства). Местом открытия наследства является последнее место жительства наследодателя (ст. 1115 ГК РФ), которым в соответствии со ст. 20 ГК РФ, является место, где гражданин постоянно или преимущественно проживал. Следует отметить, что на практике и судебные и нотариальные органы определяют место жительства гражданина по месту его постоянной регистрации. Если последнее место жительства наследодателя, обладавшего имуществом на территории Российской Федерации, неизвестно или находится за ее пределами, местом открытия

наследства в Российской Федерации признается место нахождения такого имущества. В случае нахождения такого имущества в разных местах, местом открытия наследства является место нахождения входящих в его состав недвижимого имущества или наиболее ценной части недвижимого имущества, а при отсутствии недвижимого имущества — место нахождения движимого имущества или его наиболее ценной части.

Анализ теоретических и практических проблем реализации права на предъявление иска, связанного с наследованием, свидетельствует о назревшей необходимости принятия нового постановления Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах, возникающих у судов при рассмотрении дел о наследовании», в положениях которого будут даны разъяснения по исследованным нами вопросам.

¹ См.: Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997. С. 302.

² Грось Л.А. Влияние норм материального права на гражданское процессуальное право (научно – теоретические проблемы). Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 1999. С. 7.

³ См.: Жуйков В.М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту. Автореф. ... дис. докт. юрид. наук. М., 1997. С.9.

⁴ См.: Осипов Ю.К. Подведомственность и подсудность гражданских дел. М., 1962. С. 6; Хутыз М.Х. Общие положения гражданского процесса. Историко-правовое исследование. М., 1979. С. 60; Гражданское процессуальное право России. Учебник. / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 73.

⁵ См.: Саломатова Т.В. Наследование по завещанию и по закону. Защита наследственных прав в суде. М., 2004. С. 69.

⁶ Гринберг К.В. Защита наследственных прав в нотариальном и судебном порядке. Дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1990. С.122.

⁷ Однако, поскольку гражданские дела, в которых отсутствует спор о праве, могут быть рассмотрены судами в порядке особого производства, то следует отметить, что в данном случае речь идет о разграничении подведомственности дел, связанных с наследованием между органами нотариата и судами, рассматривающими данные дела в порядке искового.

⁸ См.: Особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел. / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Издательство Московского университета, 1995. С. 96.

⁹ См.: Арупов Р.А. Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1988. С.35; Гринберг К.В. Защита наследственных прав в нотариальном и судебном

порядке. Дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1990. С. 114; Саломатова Т.В. Наследование по завещанию и по закону. Защита наследственных прав в суде. М., 2004. С. 69-70.

¹⁰ См.: Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс. Кишинев, 1973. С. 211.

¹¹ См.: Саломатова Т.В. Указ. соч. С. 69.

¹² См.: Зайцева Т.И., Крашенинников П.В. Наследственное право. Комментарий законодательства и практика его применения. М.: «Статут», 2005. С. 168.

¹³ См.: Особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел. / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Издательство Московского университета, 1995. С. 94.

¹⁴ См.: Гринберг К.В. Указ. соч. С. 125.

¹⁵ См.: Саломатова Т.В. Указ. соч. С. 70.

¹⁶ См.: Особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел. / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Издательство Московского университета, 1995. С. 96.

¹⁷ См.: Там же. С. 97.

¹⁸ Наследственное право / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Отв. ред. К.Б. Ярошенко. М.: «Волтерс Клувер», 2005. С. 158.

¹⁹ См.: Гринберг К.В. Указ. соч. С. 122; Арупов Р.А. Указ. соч. С. 34.

²⁰ См.: Остапюк Н. Споры о праве на наследственное имущество. // Законность. 1999. № 12. С. 9.

²¹ Необходимо обратить внимание, что недопустимо в данном случае смешение таких правовых институтов как «правопреемство» и «наследование», поскольку они различаются как по правовым основаниям, так и по последствиям.

²² См.: Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 5 апреля 2007 г. № А36 – 2180/2006. // СПС Гарант.

²³ См.: Саломатова Т.В. Указ. соч. С. 71.

²⁴ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 21 января 2004 г. № Ф09 – 4039/03ГК. // СПС Гарант.

²⁵ См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). Под ред. Г.А. Жилина. «ТК Велби», 2004. // СПС Гарант.

²⁶ См.: Гражданское процессуальное право России. Учебник. / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 557.

²⁷ См.: Севастьянов Г.В. Подведомственность третейскому суду споров о недвижимом имуществе: современное состояние проблемы. // Закон. 2008. № 1. // СПС Гарант.

²⁸ См.: Обзор практики Верховного Суда РФ за 4 квартал 2004 г. (извлечение) // Третейский суд. 2005. № 3. С. 13.

²⁹ См.: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. // СПС Гарант.

³⁰ Арупов Р.А. Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан. Дис. ...канд. юрид. наук. М., 1988. С.99.

³¹ Наследственное право./ Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Отв. ред. К.Б. Ярошенко. М.: «Волтерс Клувер», 2005. С. 84.

³² См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под ред. В.М. Жуйкова, М.К. Треушникова. М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2007. С. 103.

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ТОЛКОВАНИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ НОРМ В СИСТЕМЕ С ДРУГИМИ НОРМАМИ УПК

ВЕЛИКИЙ Д.П.,

*к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права и
криминалистики,*

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
e-mail: dvugproc@yandex.ru*

Ключевые слова: систематическое толкование; общие и специальные нормы; общие и исключительные нормы; нормы-принципы; расположение нормы.

В статье рассматриваются проблемы систематического толкования уголовно-процессуальных норм в системе с другими нормами, содержащимися в уголовно-процессуальном кодексе. Автор анализирует соотношение общих и специальных норм, общих и исключительных норм, норм-принципов и иных уголовно-процессуальных норм, а также вопрос о юридической силе нормы в зависимости от её расположения в уголовно-процессуальном кодексе.

Key words: *systematic interpretation; general & special rules; general & exclusive rules; rule-principle; arrangement of legal rule.*

The article examines the problems of systematic interpretation of criminal procedural rules in system with other rules of criminal procedural code. The author analyzes correlation of general & special rules, general & exclusive rules, rules-principles & other rules of criminal procedural code, as well as question about force of legal rule depending on its arrangement in the criminal procedural code.

Одним из признаков права является его системность, заключающаяся в том, что «...право представляет собой не механическую совокупность юридических норм, а внутренне согласованный упорядоченный организм, где каждый элемент имеет своё место и играет свою роль, где юридические предписания взаимосвязаны, расположены определённым иерархическим образом, группируются по отраслям и институтам»¹. В свою очередь, и норма права, как основной элемент системы права, также обладает системностью². Таким образом, системность пронизывает насквозь всё право в целом и его элементы (отрасли, институты, нормы) по отдельности. Для того чтобы определить характер любой системы, необходимо выделить системообразующие связи, то есть, закономерности, критерии, принципы, по которым элементы собраны в систему и взаимодействуют в её рамках³. Эти связи должны учитываться при уяснении содержания нормы права. Попадая в определённую систему или покидая её, элемент может терять ряд своих свойств, равно как и приобретать новые. Человек, идущий по улице – это просто прохожий, а группа людей, двигающихся в определённом направлении с определёнными целями – это уже демонстрация, со всеми вытекающими правовыми последствиями. Электрон – стабильная элементарная частица вещества, а упорядоченное движение таких заряженных частиц представляет собой электрический ток. Также обстоит

дело и с нормами права: вырвав их из контекста системы, элементом которой они являются, мы рискуем неправильно уяснить их смысл.

По поводу существования систематического способа толкования в науке споров практически нет. Подавляющее число юристов не ставят под сомнение самостоятельность данного способа. Вместе с тем, существуют различные точки зрения по вопросу о том, в рамках какой системы необходимо толковать норму права. Так, по мнению П.Е. Недбайло, под систематическим толкованием следует понимать лишь раскрытие смысла нормы в зависимости от места, которое она занимает в системе нормативного акта⁴. С ним не соглашается А.С. Пиголкин, который считает, что при систематическом толковании толкуемая норма сравнивается не только с нормами данного нормативного акта, но и с нормами отрасли права, к которой она относится, а также с нормами других отраслей⁵. В.В. Лазарев придерживается практически такой же точки зрения, добавляя, что норма может быть исследована ещё и в системе института, к которому она относится⁶. А.Ф. Черданцев разделяет связи между нормами с точки зрения систематики законодательства и с точки зрения системы права. С точки зрения систематики законодательства рассматриваются связи норм, находящихся:

- 1) в одной статье;
- 2) в одном нормативном акте и в одном же разделе (главе, части);
- 3) в разных разделах одного нормативного акта;
- 4) в разных нормативных актах, принятых одним государственным органом;
- 5) в разных нормативных актах, принятых разными государственными органами.

С точки зрения системы права возможны связи норм:

- 1) в рамках одного института;
- 2) разных институтов в рамках одной отрасли;
- 3) разных отраслей в рамках всего права⁷.

Несмотря на то, что согласно статье 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, для целей настоящего исследования можно в отдельную группу выделить и четвёртый тип связей – связь норм внутреннего законодательства и норм международного права.

Что касается предмета систематического толкования, то определить его не так просто. Дело в том, что другие основные способы толкования, так или иначе, основаны на каких-либо устоявшихся системах знаний, науках. Так, грамматическое толкование основано на правилах русской грамматики, логическое – на законах логики, специально-юридическое – на знаниях юридической науки и законодательстве. В свою очередь, систематический способ толкования основывается, во-первых, на логике, так как, любая система не должна противоречить законам логики, а во-вторых, на специальных юридических знаниях, дающих толкователю представление об основных юридических свойствах конкретной нормы: её юридической силе, характере, времени и сфере действия и других свойствах⁸. Из этого, на наш взгляд, можно сделать предположение, что систематический способ толкования является, если не разновидностью, то «близким родственником» специально-юридического способа. По мнению С.С. Алексеева систематическое толкование является продолжением логического и специально-юридического⁹. Таким образом, в уголовно-процессуальном праве и уголовном процессе предметом систематического толкования являются свойства уголовно-процессуальной нормы, вытекающие из её принадлежности к той или иной системе.

Представляется, что для целей настоящего исследования можно соединить в единый ряд элементы системы права и системы законодательства, поскольку на смысл нормы в равной степени могут оказывать влияние и её связи в системе права и её связи в системе законодательства. В связи с изложенным, структура систематического

способа толкования в уголовно-процессуальном праве и уголовном процессе выглядит следующим образом:

1) толкование нормы в системе с другими нормами УПК (нормами той же статьи, главы, того же правового института, других уголовно-процессуальных институтов, а также нормы, в зависимости от её принадлежности к различным частям УПК РФ);

2) толкование нормы в системе с нормами других отраслей права и нормами, содержащимися в других нормативных актах;

3) толкование нормы в системе с нормами Конституции РФ;

4) толкование нормы в системе с нормами международного права;

В этой статье мы подробно рассмотрим первый элемент предложенной структуры, а именно, толкование уголовно-процессуальных норм в системе с другими нормами УПК.

Толкование норм в системе с другими нормами УПК (или норм в рамках других правовых актов, являющихся источником уголовно-процессуального права) - самый простой с точки зрения организации приём систематического толкования. Как справедливо подметил С.С. Алексеев, при систематическом толковании «... перед глазами интерпретатора (и в мыслях, и «на столе») должен быть кодекс, а также другие нормативные акты, относящиеся к данному делу»¹⁰. В случае толкования нормы в системе с её «соседями» достаточно только УПК. При этом следует различать системные связи между нормами одинакового характера и уровня¹¹ и нормами, находящимися в определённых иерархических связях (нормы-принципы - обычные нормы; нормы-декларации - обычные нормы; общие нормы - специальные нормы и др.).

При толковании норм в системе с **равными** им нормами акцент делается на логическую составляющую способа систематического толкования. Специальные юридические знания в данном случае используются на элементарном уровне. Так, в пункте 2 части пятой статьи 327 УПК РФ говорится, что председательствующий разъясняет сторонам

право подсудимого или его защитника, государственного обвинителя на немотивированный отвод присяжного заседателя, который может быть заявлен *каждым из участников дважды*. Можно предположить, что каждый подсудимый, каждый защитник, а также каждый обвинитель, если в заседании их несколько, вправе заявить по два немотивированных отвода. Однако смысл данной нормы уясняется по-другому, когда мы толкуем её в системе с положениями статьи 328 (части 13-16), из которых становится ясно, что право на два немотивированных отвода имеет не участник, а сторона. Необходимость в толковании такого рода возникает вследствие низкой юридической техники УПК РФ. Таких случаев можно привести множество. К примеру, статья 282 в своей части первой предусматривает право суда вызвать для допроса эксперта, в части второй говорит лишь о праве сторон задавать эксперту вопросы, не предусматривая такое право суда, а в части третьей упоминает об ответах эксперта на вопросы суда. Таким образом, часть вторая в системе всей статьи 282 УПК не должна толковаться, как лишающая суд права задавать эксперту вопросы.

Невнимательность законодателя привела к тому, что в части восьмой статьи 302 УПК РФ предусмотрено вынесение такого вида обвинительного приговора, как обвинительный приговор с освобождением осужденного от наказания, тогда как, в части пятой этой же статьи предусматриваются только три вида обвинительных приговоров:

- 1) с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным;
- 2) с назначением наказания и освобождением от его отбывания;
- 3) без назначения наказания.

Путём систематического толкования, то есть, сопоставления различных частей статьи 302, можно выяснить, что для первого и второго видов обвинительного приговора предусмотрены случаи его вынесения, а для третьего – таких случаев не предусмотрено. Вместе с тем, указан случай вынесения обвинительного приговора с освобождением осуждённого от

наказания, который, как уже говорилось, не предусмотрен частью пятой. В итоге приходим к выводу, что законодатель под обвинительным приговором с освобождением осужденного от наказания имел в виду третий вид обвинительного приговора – приговор без назначения наказания.

В научной литературе, посвящённой систематическому толкованию, часто рассматриваются вопросы соотношения **общих и исключительных** норм. Так, А.Ф. Черданцев в качестве примера исключительной нормы в УПК РФ приводит положение части пятой статьи 165 УПК РФ, позволяющее в случаях, не терпящих отлагательств, проводить ряд процессуальных действий без судебного решения, но с последующим уведомлением суда. По отношению к положениям частей 1-4 той же статьи рассматриваемая норма является исключительной. Далее А.Ф. Черданцев формулирует правило о толковании исключительных норм, согласно которому они не могут толковаться распространительно¹². На наш взгляд, необходимо согласиться с данной точкой зрения с той лишь оговоркой, что для иллюстрации выбран не совсем удачный пример. Думается, что говорить о толковании фразы «случаи, не терпящие отлагательств» по объёму (распространительное, ограничительное, буквальное) вообще не имеет смысла. Так же как, к примеру, нельзя распространительно истолковать и положение части пятой статьи 162 УПК РФ о продлении сроков предварительного следствия: *«Дальнейшее продление срока предварительного следствия может быть произведено только в исключительных случаях Председателем Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации, руководителем следственного органа соответствующего федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти) и их заместителями»*. Поскольку изъятием из общей нормы в данном случае является фраза «исключительные случаи» речь о толковании по объёму ведётся именно в отношении неё. Любое её толкование будет выражаться в признании или не признании тех или иных случаев исключительными, а это никак не связано с объёмом толкуемой нормы.

Выражения типа «*исключительные случаи*» или «*случаи, не терпящие отлагательств*» являются оценочными понятиями и подлежат специально-юридическому толкованию, которое и определит (но не изменит) объём данных норм. Примером, который, на наш взгляд, нагляднее иллюстрирует невозможность распространительного (расширительного) толкования исключительной нормы является часть третья статьи 170 УПК РФ, которая устанавливает случаи, когда возможно проведение следственных действий без понятых: «В труднодоступной местности, при отсутствии надлежащих средств сообщения, а также в случаях, если производство следственного действия связано с опасностью для жизни и здоровья людей, следственные действия, предусмотренные частью первой настоящей статьи, могут производиться без участия понятых, о чем в протоколе следственного действия делается соответствующая запись». Подчёркнутая нами часть этой нормы является исключительной по отношению к общему правилу участия понятых в производстве следственных действий и не подлежит расширительному толкованию. Таких норм в УПК РФ огромное количество и приводить их все в данной части работы не имеет смысла (например, ч. 6 ст. 172, третье предложение ч.3 ст. 178, ч. 2 ст. 184 и мн. др.). Следует иметь в виду, что исключительные нормы, касающиеся уголовного судопроизводства, могут содержаться не только в УПК РФ, но и в других нормативно-правовых актах. Так, к примеру, в части второй ст. 16 ФКЗ «О военном положении»¹³ и в части третьей ст. 35 ФКЗ «О чрезвычайном положении»¹⁴ содержатся нормы, предусматривающие изменение по решению Верховного Суда РФ территориальной подсудности дел в случаях невозможности осуществления правосудия судами, действующими на территории, на которой введено соответственно военное или чрезвычайное положение.

Для систематического толкования важно учитывать связи, которые устанавливаются между **общими и специальными** нормами. Ни общие, ни специальные нормы не определены в каком-либо законе, поэтому теоретикам

и практикам остаётся довольствоваться научными определениями данных понятий. Традиционно под общей нормой понимается норма, регулирующая более общие, нежели специальная норма, отношения. Таким образом, понятия общих и специальных норм являются относительными. Кроме того, одна и та же норма может являться общей по отношению к одним нормам, но специальной по отношению к другим. Общая норма не обязательно должна регулировать целый род или вид общественных отношений. По справедливому утверждению А.Ф. Черданцева, это может быть и элемент или даже признак элемента общественных отношений¹⁵. При этом специальная норма будет регулировать ещё более узкий элемент этих же отношений. Так, часть шестая статьи 388 УПК РФ устанавливает, что указания суда кассационной инстанции обязательны для исполнения при новом рассмотрении уголовного дела. Может сложиться впечатление, что все указания суда кассационной инстанции обязательны при новом рассмотрении уголовного дела для суда первой инстанции. Однако в части второй статьи 386 УПК РФ указано, что *«при отмене приговора и направлении уголовного дела на новое судебное рассмотрение суд кассационной инстанции не вправе предрешать вопросы:*

- 1) о доказанности или недоказанности обвинения;*
- 2) о достоверности или недостоверности того или иного доказательства;*
- 3) о преимуществах одних доказательств перед другими;*
- 4) о мере наказания».*

На это обратил внимание Конституционный Суд РФ: *«нормативное положение части шестой статьи 388 УПК Российской Федерации в его конституционно-правовом толковании, вытекающем из сохраняющих свою силу решений Конституционного Суда Российской Федерации, в системном единстве с частью второй статьи 386 УПК Российской Федерации не препятствует суду первой инстанции самостоятельно принимать при производстве по переданному ему на новое рассмотрение*

*уголовному делу процессуальные решения по находящимся в прямой связи с содержанием приговора вопросам, в том числе о доказанности или недоказанности обвинения, достоверности или недостоверности доказательств и преимуществах одних доказательств перед другими, а также о мере наказания»¹⁶. В данной паре норм общая норма содержится в части шестой статьи 388, а специальная – в части второй статьи 386 УПК РФ. Следовательно, в силу универсального правила *lex specialis derogate legi generali* (специальный закон отменяет действие общего) применяться должна часть вторая статьи 386 УПК РФ. Таким образом, можно сделать вывод, что в паре норм общая – специальная общая норма подлежит ограничительному толкованию.*

Ярким примером значимости правильного установления отношения между нормами как общей и специальной является оценка Конституционным Судом РФ статьи 48 Конституции РФ, содержащей две части:

1. Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно.

2. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения.

Конституционный Суд РФ, увязывая возможность реализации гражданином конституционного права на квалифицированную юридическую помощь на предварительном расследовании лишь с фигурой адвоката, аргументировал это в том числе и тем, что положения части 2 статьи 48 Конституции Российской Федерации «...не могут быть истолкованы в отрыве и без учета положений части 1 этой же статьи». Связь части второй и части первой статьи 48 Конституции РФ Конституционный Суд определил следующим образом: «Закрепленное в статье 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации право пользоваться помощью

адвоката (защитника) является одним из проявлений более общего права, гарантированного статьей 48 (часть 1) Конституции Российской Федерации каждому человеку, - права на получение квалифицированной юридической помощи»¹⁷. Таким образом, Конституционный Суд РФ признал часть первую более общей нормой, чем часть вторая, из чего мы делаем вывод, что часть вторая по отношению к части первой является специальной нормой. Но известно, что в случае, если одни и те же отношения регулируются общей и специальной нормой, должна применяться именно специальная, то есть, в данном случае - часть вторая статьи 48 Конституции РФ. А в ней, как раз, не содержится термин «квалифицированная юридическая помощь». Представляется, что, осуществляя систематическое толкование положений Конституции, Конституционный Суд неправильно оценил связь двух норм – частей первой и второй статьи 48 Конституции РФ. В части первой предусмотрены два права: на квалифицированную юридическую помощь и на получение её бесплатно в определённых законодательством случаях. Фактически, связь этих двух норм можно признать связью общей (первое предложение) и специальной (второе предложение) нормы. Во второй же части статьи 48 Конституции РФ содержится иная норма, регулирующая другие отношения, закрепляющая другое право. Эта норма указывает момент, когда в производство по уголовному делу может вступить адвокат (защитник). Её никак нельзя признать специальной по отношению к части первой этой же статьи, поскольку они созданы законодателем для урегулирования разных правоотношений. А, поскольку эти нормы не связаны друг с другом, как общая и специальная, утверждение Конституционного Суда о том, что положения части второй статьи 48 Конституции РФ «...не могут быть истолкованы в отрыве и без учета положений части 1 этой же статьи» представляется сомнительным. Сам факт нахождения нормы в одной статье с другой нормой ещё не гарантирует их системной связи. К примеру, в статье 50 Конституции РФ содержатся три нормы, не находящиеся в системной

связи, позволяющей толковать одну норму «через» другую, и регулирующие различные правоотношения:

1. Никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление.

2. При осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона.

3. Каждый осужденный за преступление имеет право на пересмотр приговора вышестоящим судом в порядке, установленном федеральным законом, а также право просить о помиловании или смягчении наказания.

С другой стороны, в статьях 45, 46, 49, 51 и др. Конституции РФ нормы, находящиеся в различных частях этих статей системно связаны и вытекают одна из другой, дополняют, конкретизируют друг друга. Таким образом, можно сделать вывод, что, осуществляя систематическое толкование норм, находящихся в одной статье или одном правовом институте, необходимо в каждом конкретном случае устанавливать системную связь этих норм между собой. Критерием для определения отношения норм, как общей и специальной, служит соотношение предметов их регулирования, соответственно, как целого и части.

Своеобразным исключением из правила о приоритете специальных норм по отношению к общим является систематическое толкование, основанное на связи норм с принципами уголовного судопроизводства, а также толкование с учётом места нормы в системе Уголовно-процессуального кодекса.

В качестве специфической формы связи общих и специальных норм можно рассматривать связь **принципов** уголовного судопроизводства с остальными уголовно-процессуальными нормами. Конституционный Суд РФ, подчёркивая значение принципов уголовного судопроизводства для правильного толкования уголовно-процессуальных норм, указывал: «...оспариваемые нормы не могут истолковываться и применяться без

учета действующих в уголовном судопроизводстве принципов и в отрыве от других положений уголовно-процессуального законодательства»¹⁸. Принципы уголовного судопроизводства по определению являются нормами более общими, чем «рядовые» уголовно-процессуальные нормы. Однако в данном случае приоритет следует отдавать не связи типа *общая норма – специальная норма*, а связи *принцип – «рядовая» норма*. Таким образом, в случае противоречия между общей нормой, являющейся принципом и специальной нормой, принципом не являющейся, применению подлежит общая норма. К примеру, статья 198 УПК РФ предоставляет обвиняемому и подозреваемому больше прав при назначении экспертизы, чем потерпевшему¹⁹. С точки зрения конституционного положения о равноправии сторон и состязательности судопроизводства статья 198 УПК РФ должна толковаться расширительно таким образом, чтобы потерпевший пользовался теми же правами, что и его оппоненты со стороны обвинения.

Как правило, такого рода толкование приводит к изменению объёма толкуемой нормы, т.е. толкование бывает расширительным или ограничительным. К примеру, Конституционный Суд РФ, исходя из положений части третьей статьи 123 Конституции РФ о состязательности судопроизводства, ограничительно истолковал статью 283 УПК РФ, как предоставляющую суду право назначать экспертизу по собственной инициативе не в любом случае, а лишь для проверки уже имеющихся в деле доказательств, устранения противоречий²⁰.

В теории права имеются серьёзные наработки, касающиеся правил толкования правовых норм с учётом принципов права²¹. Вместе с тем, в уголовно-процессуальном праве систематическое толкование норм, основанное на их связи с принципами уголовного судопроизводства, имеет определённую специфику, которая состоит в том, что содержание того или иного принципа не всегда чётко прописано в УПК РФ или в Конституции РФ, если это принцип конституционный. К примеру, лаконичное конституционное положение о том, что судопроизводство осуществляется на

основе состязательности и равноправия сторон даёт лишь самое общее представление о том, что такое состязательность. Статья 15 УПК РФ несколько детализирует этот принцип, но всё же не так чётко. Таким образом, задача правоприменителя состоит в том, чтобы установить содержание самого принципа. Исключительное право на толкование конституционных принципов принадлежит Конституционному Суду РФ. Принципы, содержащиеся в УПК РФ, могут толковаться судами общей юрисдикции, а также другими субъектами толкования. Вряд ли в 1993 году кто-либо отважился бы предположить, какой смысл выявит Конституционный Суд РФ, толкуя принципы состязательности и равноправия сторон, права обвиняемого и подозреваемого на защиту, права потерпевшего на доступ к правосудию, права на судебное обжалование действий и решений и др.

Иногда, Конституционный Суд наполняет уже имеющиеся в уголовно-процессуальном праве принципы новым, даже по отношению к прежним позициям этого же суда, содержанием. Так в ряде решений Конституционный Суд РФ неоднократно указывал, что *«Исходя из предписаний статей 2, 18 и 45 (часть 1) Конституции Российской Федерации, дознаватель, следователь, прокурор и суд, осуществляя доказывание, обязаны принимать в установленных процессуальных формах все зависящие от них меры к тому, чтобы были получены доказательства, подтверждающие как виновность, так и невиновность лица в совершении инкриминируемого ему преступления...»*²². Такого рода толкование роли суда в состязательном процессе, на наш взгляд, несколько отличается от правовых позиций, сформулированных Конституционным Судом РФ в предыдущих постановлениях и определениях.

В некоторых случаях при систематическом толковании может учитываться и **«расположение»** той или иной нормы в Уголовно-процессуальном кодексе. Как отмечал А.С. Пиголкин, «сопоставление статей особенной части кодексов с нормами общей части этих кодексов может во

многим уточнить и глубже раскрыть смысл толкуемой нормы, чётко определить её общую направленность»²³. Конституционный Суд РФ не раз при обосновании собственных решений отталкивался именно от места нормы (статьи) в кодексе. Так, проверяя конституционность статьи 377 УПК РСФСР 1960 г., ограничивавшей, по мнению заявителей права потерпевшего в надзорной инстанции, Конституционный Суд РФ в ряду других аргументов отметил: *«Законодатель, включив статью 53 в раздел первый "Общие положения" УПК РСФСР, исходил, следовательно, из того, что потерпевший имеет право участвовать в судебном заседании во всех стадиях уголовного процесса, а значит, и при рассмотрении дела в надзорной инстанции»*²⁴. Таким образом, Конституционный Суд РФ обозначил приоритет норм, находящихся в Общей части УПК (Общие положения) перед нормами Особенной части, регулирующими производство в отдельных стадиях. Однако Конституционный Суд РФ оказался непоследовательным в данном вопросе. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П²⁵ (пункт 3.2 мотивировочной части) Конституционный Суд РФ, обосновывая право суда в стадии подготовки дела к судебному заседанию (бывшая стадия назначения судебного заседания) по собственной инициативе продлевать срок содержания под стражей, указал: *«...при передаче прокурором уголовного дела в суд избранная в период предварительного расследования мера пресечения не прекращает свое действие и может продолжаться применяться до истечения того срока, на который она была установлена соответствующим судебным решением»*. Формулируя данную правовую позицию, Конституционный Суд проигнорировал положение части девятой статьи 109 УПК РФ, в которой говорится: *«Срок содержания под стражей в период предварительного следствия исчисляется с момента заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу до направления прокурором уголовного дела в суд»*. Таким образом, толкование положений статьи 255 УПК РФ было осуществлено без учёта их системных связей с положениями

статьи 109 УПК РФ. Об этом же говорится и в Особом мнении судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова, высказанном по данному делу: «...уголовно-процессуальный закон в отличие от толкования Конституционного Суда Российской Федерации определенно указывает на то, что судебное установление меры пресечения в виде содержания под стражей на предварительном следствии в любом случае исчерпывает себя в момент направления уголовного дела в суд». Чем же обосновал Конституционный Суд РФ своё решение? Системной связи со статьёй 109 УПК РФ Конституционный Суд РФ предпочёл системную связь со статьями 227 и 228 УПК РФ: «...федеральный законодатель, предусматривая в статьях 227 и 228 УПК Российской Федерации, что судья по поступившему в суд уголовному делу в отношении обвиняемого, содержащегося под стражей, в течение 14 суток решает вопрос о назначении по нему судебного заседания, выясняя при этом, "подлежит ли отмене или изменению избранная мера пресечения". Данная формулировка предполагает, что решение о заключении обвиняемого под стражу или о продлении срока содержания под стражей, принятое на стадии предварительного расследования, сможет сохранять свою силу после окончания дознания или предварительного следствия и направления уголовного дела в суд только в течение срока, на который данная мера пресечения была установлена». Однако Конституционный Суд не указал, чем он руководствовался, толкуя спорные положения с учётом статей 227 и 228 Части третьей УПК РФ (Судебное производство), но вопреки статье 109, находящейся в Части первой (Общие положения) УПК РФ. Таким образом, вывести какое-то правило относительно юридической силы норм, относящихся к общим положениям, основываясь на решениях Конституционного Суда РФ на данный момент не представляется возможным. Нам представляется, что нормы, относящиеся к Части первой «Общие положения» при прочих равных условиях должны иметь приоритет.

Это диктуется логикой построения такого типа документа как кодекс: от общего к частному.

Вместе с тем в рамках самой Части первой УПК РФ преимуществом должны пользоваться положения, **определяющие статус участников** уголовного судопроизводства и предоставляющие им больший объём прав, нежели другие нормы данной части. Приведём пример. В части третьей статьи 88 УПК РФ говорится: *«Прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или по собственной инициативе»*. Возникает закономерный вопрос: почему такое ходатайство не может заявить защитник обвиняемого, подозреваемого? Вопрос о допустимости доказательств должен рассматриваться юристами-профессионалами, к каковым защитник и относится. Представляется, что указанное положение статьи 88 должно толковаться в системной связи со статьёй 53 УПК РФ, определяющей полномочия защитника в уголовном судопроизводстве. В пункте 8 части первой данной статьи сказано, что защитник вправе заявлять ходатайства и отводы. Следовательно, и ходатайство о признании доказательства недопустимым защитник тоже может заявить.

В этой связи нелогичной выглядит редакция статьи пятой УПК РФ. Первое предложение этой статьи *«Если не оговорено иное, основные понятия, используемые в настоящем Кодексе, имеют следующие значения:...»* делает до определённой степени бессмысленным саму статью пятую, которая, по идее, должна являться стержневой статьёй Общей части в создании понятийного аппарата Уголовно-процессуального кодекса, а вместо этого, заранее «признаёт» свою меньшую значимость перед нормами Особенной части.

Достаточно интересным и новым для отечественного уголовно-процессуального законодательства стало включение в текст УПК РФ бланков процессуальных документов в качестве приложений к тексту закона. В первоначальной редакции УПК РФ бланки выступали в роли приложений с

неопределённым статусом, однако Федеральным законом от 04.07.2003 N 92-ФЗ бланки были помещены в специально созданную часть шестую «Бланки процессуальных документов». Таким образом, законодатель подчеркнул их нормативный характер, обязательность установленных в них форм. Естественно, что по мере применения данных бланков стали проявляться коллизии между основным текстом УПК и текстом того или иного бланка. Так, к примеру, Приложение № 98 к статье 476 УПК РФ «Протокол о принятии залога» не содержало указаний на осведомлённость лица, вносящего залог о том, что обвиняемый или подозреваемый, в отношении которого вносится залог, обязан не только являться по вызовам соответствующих должностных лиц, но и не должен совершать новых преступлений. Отсюда возникала проблема: применять статью 106 УПК РФ и обращать сумму залога в доход государства, если обвиняемый или подозреваемый совершили новое преступление или применять соответствующее приложение и возвращать всю сумму лицу, внесшему залог, т.к. данное лицо не по своей вине не было ознакомлено с данной нормой, и, что немаловажно, не подписывалось под указанным условием. Не обращая внимание на то, что бланки с определённого момента стали частью УПК, Конституционный Суд РФ в своих решениях неоднократно указывал на то, что *«сами по себе подобные бланки, имея вспомогательное значение, не обладают нормативным характером и не могут исключать необходимость выполнения предписаний уголовно-процессуального закона»*²⁶. В конкретных решениях Конституционного Суда признание большей юридической силы за текстом закона по сравнению с содержанием бланка, было, возможно, и правильно, но по другим основаниям. Конституционный Суд вывел правило о «вспомогательности», второстепенности одних норм по отношению к другим, не обосновав его. Почему бланки, включённые в текст УПК РФ, «прикреплённые» к определённым статьям кодекса, не обладали, по мнению Конституционного Суда РФ, нормативным характером, остаётся непонятным. К чему же тогда законодатель вносил изменения в УПК РФ,

создавая часть шестую? На данный момент эти вопросы потеряли актуальность, т.к. Федеральный закон от 05.06.2007 N 87-ФЗ исключил нормы, предусмотренные частью шестой. Однако остаётся без ответа вопрос: по какому принципу Конституционный Суд РФ отдавал предпочтение одним нормам перед другими, определял вспомогательный характер определённых норм? Отмену части шестой УПК РФ можно считать следствием данной позиции Конституционного Суда РФ, но сложно определить, что дало основание Конституционному Суду занять такую позицию.

Таким образом, говоря о систематическом толковании норм в рамках одного нормативного акта (УПК РФ, Конституции РФ), необходимо иметь в виду следующее:

1) путём систематического толкования, основываясь, главным образом, на логических приёмах, преодолеваются пробелы и ошибки, связанные с низким уровнем законодательной техники;

2) при систематическом толковании норм, относящихся друг к другу как общая и специальная, предпочтение следует отдавать специальным нормам, предварительно обосновав (доказав) их специальный характер;

3) нормы-принципы, несмотря на свой общий характер, имеют большую юридическую силу по отношению к иным процессуальным нормам;

4) нормы, определяющие статус участников уголовного судопроизводства, должны иметь большую юридическую силу, если они предоставляют участникам большие права или полномочия, нежели иные нормы;

5) при систематическом толковании в ходе уголовного судопроизводства исключительные нормы не могут толковаться расширительно;

6) при прочих равных условиях нормы, находящиеся в Части первой «Общие положения», должны иметь большую юридическую силу, по сравнению нормами, находящимися в других частях УПК.

-
- ¹ См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2001. С. 142.
- ² Нередко это свойство нормы права называют микросистемностью. См., например: Матузов Н.И., Малько А.В. Указ. соч. С. 274.
- ³ Подробнее об этом см.: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. Глава 3 «Системность норм права». С. 31-48.
- ⁴ См.: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 380.
- ⁵ См.: Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 2005. С. 25-26. (Издание 2005 года представляет собой воспроизведение одноимённого издания 1962 г.). С. 69.
- ⁶ См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 69.
- ⁷ См. Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 166.
- ⁸ Как правило, эти свойства кладутся в основу классификации правовых норм.
- ⁹ См.: Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 135.
- ¹⁰ Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 136.
- ¹¹ Для целей данной статьи в этом случае мы позволим себе использовать термин «равные нормы».
- ¹² См.: Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 174-175.
- ¹³ ФКЗ от 30.01.2002 N 1-ФКЗ «О военном положении» // «Российская газета», N 21, 02.02.2002.
- ¹⁴ ФКЗ от 30.05.2001 N 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» (в ред. Федеральных конституционных законов от 30.06.2003 N 2-ФКЗ, от 07.03.2005 N 1-ФКЗ) // «Российская газета», N 105, 02.06.2001; N 132, 09.07.2003; N 48, 11.03.2005).
- ¹⁵ См.: Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 170-171.
- ¹⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 5 ноября 2004 г. N 380-О «По запросу Всеволожского городского суда Ленинградской области о проверке конституционности части шестой статьи 388 и части первой статьи 402 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 17.01.2005, N 3, ст. 232.
- ¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. N 2-П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В.Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В.Абрамова» // «Собрание законодательства РФ», 17.02.1997, N 7, ст. 871.
- ¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 г. N 152-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса мирового судьи судебного участка N 29 Карымского района Читинской области о проверке конституционности положений статей 217, 225 и 476 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // «Вестник Конституционного Суда РФ», N 6, 2004.
- ¹⁹ Определения Конституционного Суда РФ, относящиеся к данной статье существенно не изменились (Определение Конституционного Суда РФ от 04.11.2004 N 430-О «По жалобе гражданки Старовойтовой Ольги Васильевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 части второй статьи 42, частью восьмой статьи 162 и частью второй статьи 198 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // «Вестник Конституционного Суда РФ», N 2, 2005; Определение Конституционного Суда РФ от 11.07.2006 N 300-О «По жалобе гражданина Андреева Андрея Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктами 1, 5, 11, 12 и 20 части второй статьи 42, частью второй статьи 163, частью восьмой статьи 172 и частью второй статьи 198 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 20.11.2006, N 47, ст. 4940).
- ²⁰ См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 15 июля 2008 г. N 442-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Решетникова Евгения Владимировича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 283 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» / «Консультант плюс» [Интернет-версия]. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=EXP;n=432557;div=LAW;mb=LAW;opt=1;ts=EB9B4B76CCBD0112BB6231A5DB28001B> (дата обращения 22.02.2010).
- ²¹ А.Ф. Черданцев приводит правила, сформулированные польским правоведом Е. Врублевским в его работе «Zagadnienia teorii wykladni prawa endowego» - Warszawa 1959. См.: Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 179.
- ²² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. N 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» (п.4) // «Собрание законодательства РФ», 05.07.2004, N 27, ст. 2804; Определение Конституционного Суда РФ от 19 января 2005 г. N 28-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Челябинска о проверке конституционности положений статей 406, 407 и 408 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // «Вестник Конституционного Суда РФ», N 4, 2005.
- ²³ Пиголкин А.С. Указ. соч. С. 75.

²⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. N 2-П «По делу о проверке конституционности положений частей третьей, четвертой и пятой статьи 377 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан А.Б.Аулова, А.Б.Дубровской, А.Я.Карпинченко, А.И.Меркулова, Р.Р.Мустафина и А.А.Стубайло» // «Собрание законодательства РФ», 21.02.2000, N 8, ст. 991.

²⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. N 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан» // «Собрание законодательства РФ», 04.04.2005, N 14, ст. 1271.

²⁶ См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 г. N 152-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса мирового судьи судебного участка N 29 Карымского района Читинской области о проверке конституционности положений статей 217, 225 и 476 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // «Вестник Конституционного Суда РФ», N 6, 2004; Определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2005 г. N 298-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ждана Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 476 (приложение 151) и 477 (приложение 35), части первой статьи 474, статей 476 и 477 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» / «Консультант плюс» [Интернет-версия]. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=55863;div=LAW;mb=LAW;opt=1;ts=A90A64E5894061E72890D89494DBE40D> (дата обращения 22.02.2010).

ГРАЖДАНСКИЙ ИСТЕЦ КАК ПОЛНОПРАВНЫЙ УЧАСТНИК УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

КОПЫЛОВА В.И.,

*соискатель кафедры уголовного процесса Оренбургского
государственного университета, помощник судьи Оренбургского
областного суда*

***Ключевые слова:** научные точки зрения различных авторов, особый правовой статус, гражданский истец, участник уголовно-процессуальных отношений, потерпевший, полноправный.*

Данная статья содержит исследование некоторых проблем и актуальных вопросов, связанных с особым правовым статусом гражданского истца как полноправного участника уголовно-процессуальных отношений.

***Keywords:** the scientific view points of different authors, special legal status, the civil plaintiff, participant of the criminal proceedings relationships, crime victim, enjoying full rights.*

This article contains the investigation of several problems and actual questions which connected with the special legal status of the civil plaintiff as an enjoying full rights participant of the criminal proceedings relationships.

В настоящей статье хотелось бы обратить внимание на то, что в свете действующего уголовно-процессуального законодательства России наблюдается отсутствие научных рекомендаций, связанных с особым правовым статусом гражданского истца как участника уголовно-процессуальных отношений, позволяющих защищать ему свои законные

права и интересы, а также наличие противоречий уголовно-процессуальных норм, регламентирующих деятельность данного участника уголовного судопроизводства.

Необходимо отметить, что в рамках действующего уголовно-процессуального закона существуют некоторые пробелы, которые существенно нарушают эффективность осуществления своих функций участниками уголовного судопроизводства, а именно гражданского истца, что в свою очередь зависит от ряда факторов. К данным факторам следует отнести точность определения в законе оснований их появления в деле, а также оптимальность регламентации их процессуального статуса.¹

Говоря о гражданском истце как о полноправном участнике уголовного судопроизводства, следует указать, что он имеет особый правовой статус, который позволяет ему защищать свои права и законные интересы при разрешении заявленного им гражданского иска в уголовном процессе, так как зачастую правовой статус субъектов уголовно-процессуального права определен недостаточно полно.

Не всегда четко сформулированы обязанности участников уголовного процесса, не всегда определена их ответственность за ненадлежащее поведение, а именно в целом отсутствует единая логически определенная, стройная система прав и обязанностей субъектов уголовно-процессуального права, обладающих властными полномочиями, то регламентация их обязанностей вообще лишена четкой определенности и логической последовательности.²

Производство по гражданскому иску в уголовном деле имеет существенные особенности и дает гражданскому истцу определенные преимущества по защите имущественных прав в отличие от гражданского судопроизводства.

Круг субъектов, выступающих в качестве гражданского истца в уголовном судопроизводстве, 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 гражданско-процессуального закона, регулирующие процедурные вопросы, не отраженные в Уголовно-процессуальном кодексе. Лучшим способом разрешения сложившейся ситуации было бы всестороннее урегулирование порядка производства по гражданскому иску уголовно-процессуальными нормами.

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.

Поэтому, уголовное судопроизводство, как особый вид социально-правовой деятельности, направлено на обеспечение защиты прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений (ч. 1 ст. 6 УПК РФ). Достигается это на основе уголовного преследования лиц, совершивших преступление, их осуждения и справедливого наказания, а также определения судом причиненного преступлением вреда и соответственно принятия мер по его возмещению.

Как отмечает Славгородских Т.А.: «Идея по сути построения правового государства, подтверждая приверженность принципам, закрепляемым в международных актах, в целях конкретизации и реального осуществления важнейшего положения - высшей ценности прав

и свобод человека, их гарантии со стороны государства, Россия в ст. 52 Конституции РФ закрепила, что права потерпевших от преступлений охраняются законом и государство обеспечивает им компенсацию ущерба, причиненного преступлением. К числу основных средств восстановления прав и законных интересов лиц, пострадавших от преступления, а также юридических лиц, безусловно, относится гражданский иск в уголовном процессе».³

Здесь необходимо обратить внимание на некоторые аспекты поподробнее. Доказывание обстоятельств относящихся к гражданскому иску, имеет свои особенности, что и повлияло на наше предположение относительно возможных затруднений гражданского истца по обоснованию своих требований.

Так, закон допускает в качестве гражданского истца физическое или юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении имущественного вреда при наличии оснований, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением (ч. 1 ст. 44 УПК РФ). Совместное рассмотрение гражданского иска с решением вопроса об уголовном обвинении позволяет обеспечить наиболее быстрое восстановление имущественных прав потерпевших, исключает возможность вынесения противоречивых решений по одним и тем же вопросам и вместе с тем обеспечивает охрану прав потерпевшего.⁴

Это согласуется с вышеуказанной ст. 52 Конституции РФ, которая гарантирует охрану прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью и обеспечение потерпевшим доступа к правосудию, компенсации причиненного ущерба.⁵

Существующих проблем обеспечения прав и законных интересов гражданского истца в свете действующего уголовно - процессуального закона России еще достаточно большое количество, что обусловлено наличием противоречий уголовно-процессуальных норм,

регламентирующей деятельность как данного участника уголовного судопроизводства, так и его представителя. Тем не менее, думается, что со временем они разрешатся.

Между тем, эффективность осуществления своих функций названными участниками уголовного судопроизводства зависит от ряда факторов, к которым следует прежде всего отнести нормы, посвященные порядку предъявления и разрешения гражданского иска.

Так, отмечает О.А. Тарнавский, нормы, посвященные порядку предъявления и разрешения гражданского иска, «разбросаны» по тексту закона и не всегда последовательны, тогда как целесообразнее детально прописать всю процедуру и выделить её в отдельную главу. Тем более, как мы замечаем, это будет более удобным для гражданского истца, непрофессионального юриста, если он будет защищать сам свои интересы, и захочет изучить профессиональный механизм подачи и продвижения гражданского иска.⁶

Общая стабильность процессуального статуса гражданского истца и гражданского ответчика в рамках уголовного судопроизводства не исключает того, что на отдельных этапах производства по делу они обладают рядом таких специфических черт, которые выражаются в том, что те или иные компоненты правового положения на отдельных стадиях процесса более полно и подробно отражены в законодательстве (например, права, обязанности, понятия истца, ответчика), а другие - менее полно и развернуто (гарантии прав, реализация права дачи показаний, объяснений).

В отличие от правового положения других участников уголовного процесса, статус гражданского истца характеризуется тем, что обретение его зависит от субъективного волеизъявления рассматриваемого субъекта уголовно-процессуальной деятельности.

При наличии названного условия, а также постановления (определения) органа государства, ведущего производство по уголовному делу, о признании гражданским истцом или привлечении в качестве гражданского ответчика, эти субъекты приобретают установленный для них законом статус.

Говоря о гражданском истце как о полноправном участнике уголовного судопроизводства необходимо обратить внимание на некоторые аспекты, изложенные в трудах и исследованиях различных научных деятелей, из которых неизбежно усматривается некоторое сравнение гражданского истца и потерпевшего, их понятия, роли в уголовном процессе и объема прав.

Права и обязанности гражданского истца в общем и целом близки к правам и обязанностям потерпевшего. Вместе с тем, некоторые из них требуют дополнительного пояснения.

Так, говоря о праве гражданского истца давать показания, свидетельствовать против себя и ряда других лиц (п. 5, 7 ч. 4 ст. 44 УПК), законодатель признает возможность его допроса. Однако в ч. 2 ст. 74 УПК ("Доказательства") показания гражданского истца не названы в числе доказательств. Представляется, что по отношению к общей норме о доказательствах, норма о правах и обязанностях в процессе доказывания отдельного участника процесса имеет специальный характер, и потому при толковании ей необходимо отдавать предпочтение. Поэтому показания гражданского истца следует считать самостоятельным видом доказательств.⁷

Широкий перечень процессуальных прав гражданского истца свидетельствует о том, что он в полной мере обеспечен процессуальными средствами для отстаивания своих интересов в ходе предварительного расследования и в суде.

Следует отметить не только стремление законодателя системно представить данные, характеризующие правовой статус гражданского истца, но и **определенное расширение его прав**. Следует особо подчеркнуть, что законодатель счел возможным расширить права гражданского истца, предусмотрев его возможность (как и гражданского ответчика) обжаловать в части гражданского иска вступившие в законную силу приговор, определение, постановление.

Принятие государством на себя обязанности признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина предполагает заботу о создании такой развитой системы гарантий, которая бы смогла быть способной оказывать реальную защиту личности от произвола государственных органов, должностных лиц.

Думается, что уголовно-процессуальный закон предпринял попытку закрепить гарантии, позволяющие обеспечивать реализацию прав личности на всех этапах уголовного судопроизводства и установил в этой связи последствия неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязанностей со стороны тех субъектов уголовного процесса, на которые возложены обязанности по ведению судопроизводства.

Отмечая определенные гарантии прав гражданского истца в случае дачи им показаний, в уголовно-процессуальном законодательстве не указано, в качестве кого он может быть допрошен. Между тем среди видов доказательств показания гражданского истца УПК РФ не предусматривает. По-видимому, закон имеет в виду те случаи, когда гражданский истец является носителем **двойного процессуального статуса, являясь одновременно потерпевшим.**⁸

Применительно к статусу гражданского истца в процессе доказывания необходимо отметить следующие особенности.

Поскольку гражданским истцом является физическое или юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении ему

имущественного вреда либо имущественной компенсации морального вреда, при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением (ч. 1 ст. 44 УПК), то усилия гражданского истца направлены, во-первых, на установление самого факта причинения вреда, а во-вторых, на обоснование причинной связи между действиями обвиняемого и причиненным вредом.

Чтобы добиться желаемого решения суда, гражданский истец вправе заявлять ходатайства о проведении различных следственных и судебных действий, выступать в судебных прениях для обоснования гражданского иска и т.п. (ч. 4 ст. 44 УПК). Фактически он располагает теми же процессуальными правами, что и потерпевший, за исключением того обстоятельства, что он может обжаловать приговор, определение и постановление суда лишь в части гражданского иска (п. 18 ч. 4 ст. 44 УПК). Так же, как и потерпевший, гражданский истец не обладает полномочиями собирать и представлять доказательства, несмотря на некорректную формулировку п. 4 ч. 4 ст. 44 УПК. Гражданский истец может быть допрошен в том же порядке, в каком допрашивается потерпевший (п. 7 ч. 4 ст. 44). Представитель гражданского истца имеет те же процессуальные права, за исключением права давать показания, а также права на заключение мирового соглашения или отказа от иска, поскольку решение об этом гражданский истец может принять только лично.⁹

Понести материальный ущерб от преступления, - значит, потерпеть от преступления. Научные точки зрения различных авторов говорят нам о том, что **понятия «гражданский истец» и «потерпевший» неравнозначны**. В уголовно-процессуальном праве в отличие от уголовного, понятие потерпевшего употребляется в узком значении.

В уголовном праве потерпевшим считается всякое лицо (в том числе и юридическое), которому преступлением причинен моральный, физический или имущественный вред (ст. 42 УПК РФ).

Сопоставляя процессуальные определения «потерпевший» и «гражданский истец», нетрудно установить, что юридическое лицо может участвовать в деле в качестве гражданского истца, тогда как гражданин может одновременно быть и гражданским истцом, и потерпевшим (потерпевший – гражданский истец). В последнем случае гражданин осуществляет не одну, а две процессуальные функции.¹⁰

Думается, что гражданский истец – это лицо, потерпевшее от преступления и требующее компенсации причиненного ему вреда. Руководствуясь опять же при этом ст. 52 Конституции РФ государство должно обеспечивать потерпевшим компенсацию причиненного ущерба. Рассмотрение дела в отсутствие гражданского истца либо гражданского ответчика – это право, а не обязанность суда. Принимая решение о рассмотрении дела в отсутствие гражданского истца и об оставлении гражданского иска без рассмотрения, суд должен учитывать, что такое решение может затруднить возмещение ущерба, причиненного преступлением. Вместе с тем следует учитывать полноту доказательственной базы, имеющейся в материалах уголовного дела в части гражданского иска. При отсутствии или слабости доказательственной базы в части гражданского иска, при отсутствии гражданского истца иск лучше оставить без рассмотрения. В данном случае у гражданского истца сохранится возможность восполнить доказательственную базу при рассмотрении иска в порядке гражданского судопроизводства и тем самым реализовать свое право на возмещение вреда, причиненного преступлением. В противном же случае, если суд воспользуется правом на рассмотрение иска в отсутствие гражданского истца и, убедившись в отсутствие доказательственной базы в этой части,

откажет в удовлетворении гражданского иска, гражданский истец утратит возможность реализовать свое право на возмещение вреда, причиненного преступлением, в порядке гражданского судопроизводства, поскольку спор уже был предметом рассмотрения суде, причем между теми же сторонами, по тому же предмету и основанию.

Таким образом, к рассмотрению гражданского иска в отсутствие гражданского истца следует подходить крайне осторожно, даже при наличии оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 250 УПК РФ.¹¹

Хотелось бы остановить внимание на том, что всё же объем прав гражданского истца и потерпевшего не одинаков. В частности гражданский истец имеет право: представлять доказательства; заявлять ходатайства; просить лиц, ведущих предварительное расследование, и суд принять меры обеспечения заявленного иска; заявлять отводы; приносить жалобы на действия и решения лица, производящего дознание, следователя, прокурора и суда, знакомиться с материалами дела по окончании предварительного следствия; поддерживать гражданский иск, то есть в ходе доказывания обосновывать свои исковые требования (заявлять ходатайства, предъявлять доказательства и так далее), участвовать в судебном заседании наравне с другими участниками судебного разбирательства по поддержанию исковых требований; при рассмотрении дела судом присяжных заседателей участвовать в отборе присяжных, в судебных прениях, в исследовании доказательств после вынесения вердикта и выступать по вопросам, связанным с юридическими последствиями вердикта; приносить кассационные жалобы в части, касающейся гражданского иска; участвовать при рассмотрении дела в кассационном порядке.

При таких обстоятельствах, учитывая вышеизложенное, можно сделать вывод о том, что объем прав гражданского истца сравнительно меньше, чем у потерпевшего. И это понятно, поскольку субъективные

права гражданского истца призваны обеспечить имущественный интерес субъекта.

Право, как известно, выступает необходимым средством закрепления, выражения социальной свободы личности. Поэтому правовой статус гражданского истца включает в себя такой комплекс правовых возможностей, чтобы действовать в соответствии со своими интересами и целями. Сегодня мы не можем говорить о том, что законодатель обеспечил такую свободу защиты своих интересов гражданскому истцу, которая бы отвечала социальной значимости проблемы жертв преступлений. Если мы говорим, что потерпевший – это и гражданский истец, то это означает, что как тот, так и другой, это – процессуальные фигуры, наделенные определенной совокупностью процессуальных прав, обеспечивающих выполнение ими поставленной цели.

О том, что сегодня потерпевший по действующему УПК РФ относится к разряду бесправных, отмечают многие ученые, занимающиеся исследованием процессуального положения данного субъекта. Перед потерпевшим – гражданским истцом возникла перспектива долгих хождений в поисках возможности добиться возмещения ущерба.

Следовательно, ещё раз можно заключить, что защита субъективных прав лиц, связанных с правом на компенсацию причиненного ущерба, оставляет желать лучшего. Между тем, граждане являются не только самыми уязвимыми при совершении преступления, но и ещё не могут рассчитывать на реальное возмещение причиненного вреда.

При таких обстоятельствах, задача «быстрого и полного возмещения ущерба, причиненного преступлением» должна стать общегосударственной. Вопросы проблемы жертв преступлений должны стать программой государственного масштаба, в которой должны найти

законодательное урегулирование не только вопросы относительно статуса потерпевшего и гражданского истца, но и вопросы механизма возмещения вреда.¹²

Роль истца в уголовном процессе наиболее характерно проявляется в случаях, когда судом выносится постановление о прекращении уголовного дела в связи с истечением срока давности для привлечения лица к уголовной ответственности (ст. 78 УК РФ), а также в случаях применения судами положений УК РФ, освобождающих подсудимого от уголовной ответственности (ст. 84 УК РФ). При постановлении указанных судебных актов судьба гражданского иска не разрешается, истец не имеет права на обжалование указанных судебных актов. Фактически, уголовное производство в данных случаях заканчивается без разрешения имущественного интереса истца.

Ст. 256 УПК РФ (в отличие от ст. 309 УПК РФ) не предусматривает положений, согласно которым вопрос судьбы гражданского иска должен быть разрешен в постановлении суда о прекращении производства по делу.

Практически истец поставлен в положение, когда гражданский иск принят к производству, а судебный акт по заявленному иску не принят. Если следовать буквально требованиям ст. 134 п. 1 ГПК РФ, истец не вправе предъявлять иск в порядке гражданского производства, так как формально производство по гражданскому иску в уголовном процессе не завершено.

Правовое положение человека и гражданина характеризуется совокупностью прав, свобод и обязанностей, которыми он наделяется как субъект правоотношений, возникающих в процессе реализации норм всех отраслей права. Согласно Конституции РФ, в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права

(ч. 1 ст. 17). При этом указывается на их естественный и неотчуждаемый характер, так как основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения (ч. 2 ст. 17). Но необходимо не только провозглашать права и свободы личности, но и создавать условия для их реального воплощения в жизнь.¹³

Научное осмысление прав и свобод личности в сфере уголовного судопроизводства на основе универсальной, общесоциальной категории прав человека, как нам представляется, сегодня является весьма значимым фактором.

В науке так уж сложилось, что в этом плане внимание со стороны исследователей уделяется преимущественно личности обвиняемого, меньше - личности потерпевшего, меньше всего уделяется внимание другим участникам процесса - свидетелю, эксперту и т.д.

Поэтому основная задача, как отмечает А.П. Гуськова, заключается в том, что необходимо в основном сосредоточить внимание на таких вопросах социальной значимости, которые касаются всех участников процесса, и особенно на понятиях личность, статус личности и ее правовое положение.¹⁴

На основании вышеизложенного, укладываясь в рамки данной статьи, нам видится, что появилась необходимость регламентировать в федеральном законодательстве более четко позицию и роль гражданского истца в уголовном судопроизводстве, что привело бы к расширению объема его прав, поскольку в данном случае таковые отсутствуют.

Выяснение понятия гражданского истца потребовало системного сравнительного анализа норм УПК и ГПК, выработки позиции в вопросе о соотношении гражданского процессуального права и уголовно-процессуального права в случае причинения имущественного и морального вреда преступными действиями обвиняемого. Представляется, что в случае пробелов в уголовно-процессуальном законодательстве,

регулирующим правоотношения, возникающие в связи с защитой гражданских прав и охраняемых законом интересов, нарушенных преступлением, следует обращаться к соответствующим нормам гражданско-процессуального законодательства.

Основное свойство уголовного судопроизводства - это детально регламентированный нормами уголовно-процессуального права порядок производства по уголовным делам. Это позволяет, с одной стороны, обеспечивать строгое соответствие закону, выполнение предписанных действий, а с другой - непременно осуществлять права и обязанности лиц, участвующих в производстве по делу.

Современная судебная практика сталкивается с рядом проблем, вызванных отсутствием сбалансированных друг с другом материально-правовых и процессуальных процедур, внутренней несогласованностью процессуального законодательства. В связи с этим предлагается 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 Российской Федерации.

¹ Научно-практический журнал «Уголовное право» № 1-2007г. (январь-февраль) стр. 68.

² Сборник научных трудов юридического факультета ОГУ «Ученые записки» выпуск № 5, 2007 г.

³ Славгородских Т.А. «Доказывание обстоятельств гражданского иска в российском уголовном судопроизводстве: учебное пособие / под ред. А.П. Гуськовой, Оренбург: Издат центр ОГАУ, 2003 г. С 7.

⁴ Уголовно-процессуальное право РФ: Учебник/Отв. Ред. Лупинская – М.: Юрист, 2003 год, с. 245.

-
- ⁵ Конституция Российской Федерации (Основной Закон) принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года. Изд-во Спарк, 1997-С. 17.
- ⁶ О.А.Тарнавский «К вопросу о возмещении потерпевшему вреда, причиненного преступлением», Ученые записки: сб. научных трудов юридического факультета ОГУ. Вып.3, 2006 г., с. 3-10.
- ⁷ Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный (под общ. ред. А.В. Смирнова). 4-е издание, дополненное и переработанное. - Система ГАРАНТ, 2007г.
- ⁸ Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (под общ. ред. В.М. Лебедева; науч. ред. В.П. Божьев). - "Юрайт-Издат", 2007 г.
- ⁹ Михайловская И.Б. «Настольная книга судьи в уголовном процессе». Гарант.
- ¹⁰ Михайловская И.В. Судебная политика. М. 2000. С 65.
- ¹¹ Автореферат Самитов М.Р. «Производство по рассмотрению и разрешению гражданского иска в российском уголовном процессе», Челябинск. 2006 г.
- ¹² Тарнавский О.А. «Уголовно-процессуальный механизм предъявления и разрешения гражданского иска в уголовном деле» (кандидатская диссертация), Екатеринбург, 2000 г.
- ¹³ «Избранные труды» Гуськова А.П., Оренбург, Издат. Центр ОГАУ, 2007 г.
- ¹⁴ Гуськова А.П. К вопросу о личности участника уголовного судопроизводства, его статусе // Ученые записки научных трудов юридического факультета Оренбургского государственного университета. Вып 3 - Оренбург.ИЦ ОГАУ, 2006. - С. 8.

НОРМАТИВНО-ЦЕННОСТНЫЙ КОМПОНЕНТ ВИНЫ

ПЛОТНИКОВ А.И.,

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

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: вина, ценность, норма, долг, совесть, умысел, неосторожность, психическое отношение, сознание, психика, мотив, цель, эмоции.

В статье рассматриваются социальные основания вины, раскрывается ее содержание и сущность.

Key Words: guilty mind, value, norm, obligation, conscience, criminal intent, negligence, psychic attitude, consciousness, psychics, motive, objective, emotions.

The article gives consideration to social roots of guilt and clears up the substance and nature of guilty mind.

В современной российской теории уголовного права вина определяется обычно как психическое отношение в форме умысла или неосторожности.

Указание на наличие психического отношения человека к тем или иным обстоятельствам не объясняет сути самого этого отношения. Почему мы считаем человека ответственным за это отношение? Что плохого в том, что в сознание человека нашли отражение те или иные обстоятельства? Сама констатация такого отношения ответа на эти вопросы не дает. Поскольку

психика, взятая как таковая, показывает лишь форму взаимодействия человека с окружающим его миром, форму, посредством которой познается мир. Но содержание этого взаимодействия, его характер при этом не вскрываются. Возникает сомнение, является ли вообще психическое отношение содержательным моментом вины. Косвенно оно отражается и в самой психологической теории, которая наряду с психологическим выделяет, так называемое, социально - политическое содержание, раскрывая его через отношение преступника к существующим в обществе ценностям. Но как может быть два содержания в одном и том же явлении? Если речь идет о двух фрагментах одного и того же содержательного процесса, то они, во всяком случае, не могут существенно различаться по характеру, ибо в противном случае будут представлять разные явления. Между тем мы никак не можем сказать, что всякое психическое отношение есть ценностное отношение. Конечно, ценность вне психики не возникает, но психика лишь форма восприятия ценности. Характер ценности совсем иной. Она всегда представляет собой отношение сквозь призму полезности, нравственности и морали и вне этого не существует.¹

Бочоришвили основательно утверждает, что «...источником ценности нельзя считать психофизические особенности человека...ценность не является по своей природе психическим феноменом»... Способом существования ценности является долженствование. *Ценность существует в виде требования* (Курс. мой - А.П.)... независимо от того, осуществлена в действительности, или нет. Ценность есть некая побудительная сила, требующая своего осуществления». «Субъективный момент выражается в том, что человек, воспринимающий ценность, испытывает определенные чувства, вызванные ею. Соответственно объективным моментом является сама ценность, вызывающая эти чувства. Строгое разграничение этих двух моментов является первейшей задачей, так как их отождествление становится источником ошибок...».²

Как отмечает Каган М.С., «Ценность нельзя увидеть, услышать, пощупать, она устанавливается непосредственно переживанием, а затем пониманием; ее можно описать на том или ином языке – как это делают идеологи или художники, но она существует вне и до таких описаний».³

Дубровский Д.И. придает самостоятельное значение ценностному отношению наряду с процессом отражения объекта, выводя его тем самым за рамки психического отношения, отмечая факт «оценочной регуляции сознания», замечая, что каждый из них представляет «специфический регистр субъективной реальности».⁴

Подчеркивая единство внешних и внутренних сторон волевого акта, Рубинштейн С.Л. указывает на внешний, общественный источник ценности, связанный с внутренней организацией деятельности общества.⁵

В.Ф. Кузьмин отмечает, что «...потребности, интересы и ценности... имеют объективное основание и содержание».⁶

Наличие объективного компонента ценности подчеркивают многие философы.

Так, по мнению Тугаринова В.П., «Ценности суть предметы, которые нужны ... людям ... в качестве средств удовлетворения их потребностей и интересов».⁷

Москаленко А.Т. и Сержантов В.Ф. полагают, что ценности – «суть идеи и вещи, взятые как продукты потребностей».⁸

«Ценность – это момент единства субъекта и объекта», - пишет Максимов А.Н., последовательно подчеркивая его объективный компонент.⁹

Смирнов П.И. утверждает, что «ценностью считается любое материальное или идеальное явление, имеющее значение для человека, ради которого он действует, тратит силы, ради которого он живет».¹⁰

«Будучи индивидуальными по форме ценности носят и определенно выраженный надличностный характер. Они выступают как некие инварианты в потоках и преобразованиях общественного сознания. Фиксируют принципы

отношения и поведения, необходимые для сохранения и развития востребованной системы, - отмечает Макаров М.Г.¹¹

Из сказанного следует, что ценность объективна, во-первых, а, во-вторых, вытекает из определенных общественных требований, то есть социальных норм.

Выделение в вине двух самостоятельных содержаний нельзя признать основательным. Оно отражает стремление сторонников этого подхода выйти из противоречий, в которые они попадают: с одной стороны - остаться на позиции психологической концепции вины, с другой - указать на подлинное содержание вины в виде ценностного отношения.

На противоречивость традиционной психологической концепции справедливо обращают внимание некоторые криминалисты. Так, Назаренко Г.В. считает, что «суждение о социально – политическом содержании вины имеет оценочный характер»¹², правда из этого автор делает совершенно необоснованный вывод, что критикуемая им позиция якобы ведет к объективному вменению. Как последовательный сторонник психологического подхода, Назаренко Г.В. не мог избежать, вытекающих из него противоречий, и вынужден делать различного рода оговорки вроде того, что «...содержание вины находится в неразрывной связи с признаками объективной стороны преступления»¹³ или что «...содержание вины включает в себя все практически обстоятельства дела, которые нашли отражение в психике субъекта преступления и характеризуют его противоправное поведение».¹⁴

Жесткий психологический подход Назаренко Г.В. к проблеме вины делает его позицию еще более противоречивой и уязвимой. С ней никак не согласуется его же собственные суждения о единстве вины и вменяемости¹⁵, о ее философско–этическом содержании.¹⁶ Ибо эти заключения Назаренко Г.В. на самом деле выводят вину далеко за пределы психологической категории.

Некоторые сторонники психологической концепции вины прямо признают ее ценностный компонент. Вместе с тем в их суждениях проявляется и противоречивость, вытекающая из ограничения вины рамками психического отношения. Так, Матвеев Г.К. признает, что оценочный момент имеет место при установлении вины, однако не рассматривает вину оценочной категорией на том основании, что оценка распространяется как на субъективные, так и объективные элементы правонарушения, что, как он полагает, «таит опасность отождествления вины лица с суждением суда о его виновности, при котором субъективное убеждение суда оказывается единственным критерием определения виновности».¹⁷

В позиции некоторых ученых фактически сочетаются элементы психологического и оценочного подхода к вине, хотя в целом они остаются привержены психологической концепции.¹⁸

Таким образом, пусть и непоследовательно, но психологическая концепция признает не психический, а иной, нормативно-ценностный компонент вины, вступая в противоречие с ее общей характеристикой.

Данное обстоятельство совершенно справедливо отмечается Лунеевым В.В.¹⁹ Вместе с тем позицию жесткого психологизма в вопросе о вине, занятую Лунеевым В.В. нельзя признать обоснованной. Она была бы оправдана только в том случае, если бы преступление представляло собой чисто психическое явление. Поскольку же ни у кого не вызывает сомнение, что оно прежде всего явление социальное, в котором находит воплощение даже не только волевой акт конкретного индивидуума, хотя и он сам по себе не может быть сведен к чистой психологичности, но и сложная взаимосвязь человеческих отношений, то стремление свести преступление к чисто психологическим механизмам существенно искажает и обедняет его сущность. Явно преувеличенными в связи с этим представляются оценки какой-то особой прогрессивности психологической теории вины в сравнении с другими, а тем более антинаучности и вредности оценочной теории.

Лунеев В.В. неосновательно критикует концепцию вины, выдвинутую Рарогом А.И., за ее этизацию. В этом как раз, по нашему мнению, ее достоинство, а не недостаток, поскольку «этизация» наполняет преступление его реальным социальным содержанием. Преступление в чисто психологическом виде – это не более чем психологический «фантом». Но признание последнего неумолимо ведет к выводу содержания вины вообще за пределы психики лица, совершившего преступление, поскольку ценностное отношение проявляется не только в психической деятельности, но и во внешних сторонах поступка - деянии, последствии и т.д. Признавая «ценностность» вины мы обязаны вывести ее содержание за границу психической деятельности как таковой.

Как отмечают Игнатьева Г.К. и Шестакова И.С.: «Ценность всегда связана с субъектом и его жизнью, но это не делает ее субъективной, ибо ценность определяется отношением субъекта к тому, *что находится за пределами индивидуального бытия...*».²⁰ (Курс. Мой – А.П.).

По мнению Рыбакова Н.С.: «...основной недостаток психологизма заключается в смешивании психических состояний, получаемых от «потребления» ценностей *с самими ценностями*».²¹ (Курс. мой – А.П.)

М.С. Каган подчеркивает, что «...ценность есть значение объекта для субъекта – благо, добро, красота и т.п., а оценка есть эмоционально – интеллектуальное выявление этого значения субъекта – переживание блага, приговор совести, суждение вкуса и т.д.». Отсюда, автор указывает на содержание и форму ценностного отношения: «его содержание мировоззренчески – смысловое, детерминированное общим социокультурным контекстом, в котором рождается и работает конкретное ценностное значение, а его форма – психологический процесс, в котором ценность охватывается сознанием».

М.С. Каган подчеркивает необходимость понимания ценностного отношения как с внешней, так и с внутренней стороны, указывает на ее нерациональный компонент.²²

Полякова И.П. отмечает, что сущность ценности «в субъект – объект – субъективной природе ценности».²³

На нерасторжимость объективно – субъективных компонентов оценки обращает внимание Кравец А.С.: «Специфическая особенность оценочных высказываний состоит в том, что они не описывают некий материальный предмет или психическое состояние личности, а выражают некоторое (оценочное) отношение субъекта к объекту...предметом оценочных высказываний являются не объекты сами по себе, а определенные значения этих объектов для субъекта. Однако специфичность предмета оценочного высказывания еще не может служить поводом... для отрицания объективности оценочных высказываний... в оценочном суждении помимо свойств вещи самой по себе отражен еще и определенный субъективный интерес, определенная общественная потребность. Объективность такого суждения коренится в общих объективных условиях деятельности людей, на основе которого складываются определенные нормы, оценки, стандарты».²⁴

С какой бы стороны не характеризовалась ценность ясно, по крайней мере, одно – ценность не может быть представлена как исключительно психический компонент в отрыве от ее объективного содержания, ценность – есть, по выражению Панпурина В.А. «интегральное единство «предмета для нас и нашего состояния»».²⁵

В работах классика советской психологии Рубинштейна С.Л. красной нитью проходит мысль о нерасторжимости в волевом акте внутренней и внешней сторон поведения. Он подчеркивал, что основой волевого акта является «целеустремленная, *сознательная* действенность (Курс. мой – А.П.)».²⁶

Виндельбанд В. отмечал: «Психологические законы ... - это принципы объясняющей науки, из которых должно быть выведено происхождение отдельных фактов душевной жизни; они устанавливают... общие определения, в соответствии с которыми каждый отдельный факт душевной жизни должен необходимо принять именно тот образ, какой он

принимает. Психология объясняет, как мы действительно мыслим, действительно чувствуем, действительно желаем и действуем.

Напротив, «законы», действующие в нашей логической, этической и эстетической совести, совершенно не связаны с теоретическим объяснением тех фактов, к которым они относятся. Они говорят лишь, какими должны быть эти факты, чтобы заслужить всеобщее одобрение в качестве истинных, добрых, прекрасных. Следовательно, они не законы, по которым события должны объективно происходить или субъективно быть поняты, а идеальные нормы, в соответствии с которыми выносятся суждения о ценности того, что происходит в силу естественной необходимости. Эти нормы служат правилами оценки... Для психологических законов душевная жизнь – объект объясняющей науки, для нормативных законов логического и эстетического сознания эта же душевная жизнь – объект идеальной оценки. Исходя из законов природы, мы понимаем факты; исходя из норм мы должны их одобрять или не одобрять...*нормативное и психологическое законодательство не могут быть тождественны*». ²⁷ (Курс. Мой – А.П.).

Несмотря на то, что сторонники психологической концепции не признают этого, в противоречивости их суждений постоянно обнаруживается ценностный подтекст вины. Так, Матвеев Г.К. пишет: «Действие, совершенное в состоянии необходимой обороны, может быть умышленным, но оно не будет расцениваться как виновное, а поэтому не вызовет и ответственности...». ²⁸

Матвеев Г.К. по – видимому не замечает, что, разорвав умысел и вину и связав последнюю с интересами и целями поступка, он придал ей фактически нормативно – ценностное значение. У того же автора обнаруживается неосновательное противопоставление вины и моральности. Он полагает, что с того момента, как то или иное действие зачисляется нашим законом в разряд противоправных, моральная вина переходит в юридическую. Бесспорно, что вина в этом случае приобретает юридический

смысл, но из этого не следует, что «моральность» вины исчезает, «моральность» по – прежнему составляет основу вины.

Алексеев С.С. справедливо отмечал: «...право по своей органике представляет собой явление глубоко морального порядка, и его функционирование оказывается невозможным без прямого включения в ткань права моральных критериев и оценок... В науке и общественном мнении еще не осознано то решающее обстоятельство в соотношении права и морали, в соответствии с которой (право) является естественной и надежной обителью прав, а вторая (мораль) обителью обязанности – долга, долженствования ответственности...».²⁹

По мнению Еникеева М.И.: «Современное понимание права – понимание его как основного средства реализации социальной справедливости. Справедливость связана с представлениями людей о должных отношениях между ними, о соответствии между их деяниями и воздаянием им, между трудом и вознаграждением, преступлением и наказанием, между заслугами людей и их общественным признанием. Справедливость – условие нормального развития социума. Справедливо все нравственное. Несправедливы безнравственность, произвол, беззаконие. Поступки людей, результаты их поведения подлежат социальной оценке через категорию справедливости. Справедливое – социально должное. *Этот общечеловеческий эталон социально должного и лежит в основе права, является его сущностью*».³⁰ (Выделено автором)

Противоречия психологической концепции в полной мере проявляются в позиции современного ее сторонника Козлова А.П. Правильно указывая на необоснованность «раздвоения» вины на собственно вину и виновность, на невозможность различного понимания вины в материальном и процессуальном праве, Козлов А.П. в своих суждениях и критике иных подходов обнаруживает непоследовательность. Всячески подчеркивая асоциальность психического отношения, значимого для уголовного права («вина прежде всего социально – бытовое явление», «упрек базируется на

асоциальном психическом отношении лица к содеянному» и т.д.), он тем не менее сводит вину исключительно к психологической категории, как будто психические явления и есть социальный мир. Козлов А.П. утверждает, что «присяжные заседатели в принципе не способны отличить виновного от невиновного», как будто они менее сведущие в социально – бытовых явлениях и в асоциальности, с которыми и связывает критикуемый автор вину.³¹

Нельзя принять в данном вопросе и позицию Мальцева В.В. Его доводы в защиту психологической концепции вины (сам автор именуется ее социально – психологической) представляются неубедительными. На противоречивость и несогласованность в ней психологического и социального компонента вины нами уже неоднократно указывалось. Полемизируя с Демидовым Ю.А. и отстаивая психологическое содержание вины, Мальцев В.В. в частности пишет: «Объективные признаки, в которых действительно выражается отрицательное отношение к ценностям общества...не влияют, не определяют (не включают) степень вины, а выступают критерием (предметом оценки), на основе которого устанавливается и степень вины, и содержание субъективной стороны преступления в целом... именно степень вины выражается в объективных признаках деяния, является их причиной, а выражаемое и выраженное, как и причина и следствие совсем не одно и то же».³²

В своем суждении автор допустил методологические неточности. Во-первых, безусловно объективные признаки деяния являются выражением субъективной стороны этого деяния и в этом смысле они, действительно, наиболее весомо представляют ее (субъективную сторону), свидетельствуют о ней. Но вопрос о доказывании субъективной стороны и вопрос о характере взаимосвязи объективной и субъективной стороны как элементов единой целостной структуры, именуемой преступлением, являются разными. Если рассуждать таким образом, как это делает Мальцев В.В., то объективной стороне вообще не место в преступлении, поскольку она является лишь

доказательством опасности личности. В том - то и дело, что данные компоненты в преступлении едины, и, если преступление есть виновное деяние, то вина не может быть сосредоточена в одном из них.

Во-вторых, Мальцев В.В. смешивает формально – логический и диалектический подходы. Любое определение, в том числе и вины, может быть дано только в формально – логическом ключе, поскольку оно всегда фиксирует состояние того или иного явления на определенный момент. В противном случае (если не придерживаться этого правила и рассматривать явление в разные моменты развития, в движении) вместо определения получится противоречивое суждение, поскольку всякое движение есть отрицание существующего момента. Вспомним из физики: двигаться – это значит находиться в каком либо месте и не находиться в нем одновременно. Собственно это и произошло у Мальцева В.В. Отсюда и использование понятий причины и следствия, которые характеризуют процесс в развитии.

В-третьих, Мальцев В.В. не учитывает, что всегда существует взаимное влияние причины и следствия, их взаимодействие.

В этой связи не могут быть поддержаны предложения, направленные на изменения законодательства, в которых содержание вины напрямую увязывается с психическим отношением. Так, Шаталова Л.И. рекомендует следующую формулировку небрежности: «Преступление признается совершенным по небрежности, если лицо сознавало недозволенность, запрещенность своих действий, хотя и не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), но при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти последствия».³³

Такие предложения мало что дают по существу, поскольку все равно небрежность в целом оказывается непсихической, коль скоро приходится прибегать к понятиям долга и возможности («мог» и «должен»), а не реального психического отношения. Они и искажают понятие небрежности, так как за ее пределами оказываются изначально неосознаваемые действия

(забывчивость, сон и т.п.), криминальная значимость которых не вызывает сомнений.

Позиция Шаталовой Л.И., как и многих подобных суждений, также и противоречива, поскольку она признает морально – этический компонент вины, но в формуле «вина – психическое отношение» он не находит непосредственного выражения, так как данный компонент содержательно представляет социальную, а не психическую реальность.³⁴

Нормативно-ценностный компонент вины наиболее отчетливо проявляется, по умыслу – в осознании опасности совершаемого деяния. В неосторожности он охарактеризован через понятие долга («должен»). Здесь вина предстает так сказать в «обнаженном виде», путем прямой апелляции не просто к содержанию, а к сущности. «Ты должен, обязан был следовать такому-то образцу поведения» - говорят общество и законодатель. Долг увязывается с неким эталоном. Этот образец (эталон) поведения не формулируется, не формализуется заранее. Он вырастает, если пользоваться привычным юридическим языком из правосознания - сложного сплава сознания, мотива, эмоций, нерациональных компонентов психики (чувств, инстинктов, интуиции и т.д.). Его метафизическим философским проявлением является чувство совести. Это чувство при всей его таинственности и непостижимой глубине знакомо каждому человеку.

Не случайно некоторые современные юристы обращаются к категории совести как ключу отыскания виновности поступка. Совесть имеет нерациональную основу.³⁵ Известный психолог академик Симонов П.В. рассматривает совесть как «присущую человеку способность эмоционально реагировать на последствия своих прогнозируемых или совершаемых поступков в той мере, в какой они затрагивают удовлетворение двух фундаментальных потребностей: в объективной истине и альтруистической потребности добра».³⁶ Основную функцию совести он видит в сигнале об отступлении от истины и в напоминании о причиненном зле.

«Совесть занимает в поведении человека должное место лишь тогда, когда ее веления исполняются как императив (от лат. Imperativis – повелительный), не требующий логических аргументов. То же самое относится к воспитанности, чувству ответственности, точности выполнения взятых на себя обязательств, ставших чертами характера, а не прагматически выгодной формой поведения с целью награды и ухода от наказания».³⁷

М.С. Каган полагает, что «...субстрат ценностного отношения эмоционален, и именно из эмоциональных глубин душевной жизни, в известной мере подсознательной, оно посылает деятельности человека направляющие ее импульсы...».³⁸

В этом же смысле высказывается и Тихомиров О.К.: «Реальная цель, кроме осознанного образа будущего результата действия включает в себя и неосознаваемую оценку этого результата».³⁹

По мнению Макарова М.Г., ценности являются «понятийно – эмоциональными комплексами, связывающими идеи и чувственные образы и играющими роль «стандартов» отношения и поведения».⁴⁰

К.Г. Юнг полагал, что «благодаря тональности чувства мы узнаем о ценности вещи...».⁴¹

Алексеев С.С. говорит о необходимости «погружения в право» и выработке «ощущения права, своего рода, чувства права», «...право – явление непомерно сложное, с трудом поддающееся научному определению, даже загадочное, в чем-то непостижимое».⁴²

Обращение к совести как внутреннему эмоциональному голосу причинителя и лица, оценивающего поступок, представляет собой отход от традиционных для последнего времени рациональных схем познания вины, дает возможность обратиться к глубинным истокам виновного поведения. В то же время поиск нерациональных методов установления вины косвенно указывает на постепенный, может быть не вполне осознаваемый отход, от понимания вины как психического отношения в форме умысла и неосторожности.

Что такое долг вообще? В Толковом словаре русского языка Ушакова долг, долженствование определяется как необходимость чего – либо, вытекающая из нравственного закона.⁴³ В юридическом смысле о должном («долге») говорят как о наличии обязанности совершить или воздержаться от совершения определенных действий. Однако у долга есть безусловно и социальная или социально - психологическая сторона. Она представляет собой внутреннее ощущение необходимости определенного поведения. Это психологическое состояние и есть ни что иное как совесть.

Понятие совести и ее взаимосвязь с долгом обстоятельно раскрывается в Толковом словаре В.Даля. Приведем лишь некоторые выдержки из него: «Совесть нравственное сознание, нравственное чутье или чувство в человеке; внутреннее сознание добра и зла; тайник души, в котором отзывается одобрение или осуждение каждого поступка»... «Это у меня на совести, сознаю себя должником, обязанным исполнить что – то» ... «*Терпеть упрёки совести, сознавать вину свою*».⁴⁴ (Курс. Мой – А.П.).

По мнению Днепров В., совесть есть необходимый «ценностный инструмент нравственного сознания ... ибо именно оно, это неизвестное животным и не врожденное человеку душевное свойство, направляет, регулирует и контролирует все мое поведение ... Совесть – внутренняя необходимость морального действия. Совесть – внутренний суд, который человек ставит над самим собой ...».⁴⁵

Из высказывания Днепров В. следуют три характерных качества совести, имеющих социально – правовое значение: 1) нравственность; 2) ценностность; 3) регулятивность. Интерпретируя эти свойства, можно отметить, что совесть воспитывает, формирует значимость даваемых ей ориентиров и упорядочивает поведение людей в обществе.

В философской литературе отмечается, что совесть и долг «осуществляют ... ценностную ориентацию ... поведения, и ценностное осмысление уже совершенных поступков... Совесть – бескорыстное чувство ответственности перед собой, перед людьми, перед миром... это социальная

солидарность, втеснившаяся в душу и ставшая внутренней силой личности. Совесть охраняет и представляет интересы рода, благо всех, она в границах самой личности противостоит эгоизму отдельной человеческой особи».⁴⁶

«Только совесть дает основу истине... Только благодаря этим велениям совести мои представления приобретают истинность и реальность».⁴⁷

«Долг, - по мнению Плахотного А.Ф., - это моральная необходимость, подчиняющая свободу воли. *Это самоподавление, самопринуждение свободы воли*, - внутренняя необходимость». Он же определяет совесть «как внутреннее переживание человеком ответственности за свои действия... совесть – это внутренняя ответственность», а ответственность, полагает он, заключается «в умении пользоваться свободой воли» (Курс. Мой – А.П.).⁴⁸

С долгом, совестью и обязанностью связывает ответственность Анисимов С.Ф.⁴⁹

Почти та же позиция выражена в работах известного педагога Сухомлинского В.А.⁵⁰

В русском, французском, немецком языках ответственность связывается с невыполнением обязанности и долга.⁵¹

Рассматривая проблемы механизма преступного поведения, Номоконов В.А. приходит к выводу, что оно в науке «излишне психологизируется». А затрагивая вопрос об ответственности, он связывает последнюю с мерой «должного».

Сущность ответственности ... заключается в связанности субъекта свободы социальной необходимостью, которая выражена в общественных потребностях, интересах, социальных нормах».⁵²

Долг как сущностная основа вины так или иначе просматривается в суждениях и других криминалистов. Так, Серебренникова А.В., характеризуя неосторожность в УК Швейцарии, отмечает, что неосторожность «имеет место, если лицо, совершая преступление или проступок, действует в силу противоречащей долгу неосмотрительности, не учитывая последствия своего

преступного поведения и не принимая их во внимание. *Неосмотрительность противоречит долгу, если лицо не соблюдает меры предосторожности, которые оно обязано предпринять в силу обстоятельств или его личных качеств*.⁵³ (Курс. мой – А.П.).

Однако мы не можем согласиться с Нерсесяном В.А., который сопровождает приведенную цитату следующим комментарием: «т.е. отсутствия предвидения последствий деяния при небрежности не означает отсутствия вообще какого-либо отношения к наступлению таких последствий, так как это было бы равнозначно отсутствию самой вины».⁵⁴

Во-первых, суждение Серебренниковой А.В. не содержит здесь никакого анализа структуры психического отношения, а тем более предвидения. Термины «не учитывает» и «не принимает во внимание» не означают, что лицо их отражает в своем сознании, но игнорирует, ибо не учитывать и не принимать во внимание вполне возможно и тогда (по смыслу), когда лицо просто не подозревает о них. Во-вторых, если бы речь шла об отражении последствий в сознании, то такая ситуация по психологическому содержанию ни чем не отличалась бы от умысла, характеристика которого не требует специального обращения к понятию долга. В-третьих, мы здесь опять сталкиваемся с заменой отношения к элементам преступления при его совершении отношением вообще, которое может быть оценкой своего поведения и после совершения преступления и каким – то абстрактным вариантом дум и размышлений лица, тогда как вина в виде психического отношения предполагает отражение элементов конкретного акта поведения.

Наконец, нельзя не заметить, что в критикуемом суждении аргумент подменен решением: «если бы не было небрежности, то в чем бы тогда состояла вина?», - как бы вопрошает автор.

«Норма – это типовая модель сходных фактических отношений прошлого, созданная для удовлетворения типовых потребностей настоящего».⁵⁵

Бобнева М.И. на большом фактическом материале доказала, что «человек всегда осуществляет нормативное поведение, то есть его поведение всегда может быть проанализировано и оценено в терминах нормы и отклонения от нее, и сознаем мы это или нет, мы всегда поступаем в соответствии с теми или иными нормами».⁵⁶

Дугин А.Т., анализируя ответственность в широком социальном контексте, приходит к выводу, что виновными в социальном смысле «являются субъекты, которые должны были и могли выполнить свою часть совместного поведения, но не сделали это по неуважительным причинам». Таким образом, вина в социальном смысле не связывается только с психическим отражением в сознании субъекта отрицательных последствий его поведения, хотя автор и подчеркивает, что «Наиболее опасной из них является намеренное использование виновным возможностей совместного поведения для удовлетворения собственных потребностей за счет неудовлетворения потребностей» других членов общества. При этом, по его мнению: «Содержание общественной ответственности может быть понято только в рамках деятельного взаимодействия... Последнее осуществляется по типовым образцам согласованных между собой социальных норм, гарантирующих по прежнему опыту наступление потребного результата. Общественно вредное, виновное поведение субъекта в таких условиях может наступить лишь по одной причине. Это неисполнение требований этой социальной нормы...».⁵⁷

На зависимость уголовной ответственности от обязанностей указывал дореволюционный криминалист Пустрослев П.П., подчеркивая, что «Уголовное правонарушение есть неисполнение своей правовой обязанности человеком...».⁵⁸

Некоторые юристы предлагают отказаться от уголовного преследования совершаемых по небрежности деяний. По их мнению, «должен и мог предвидеть» - чрезмерно жесткая и несправедливая формулировка, ведущая к объективному вменению».⁵⁹

Безусловно, к вопросу об установлении ответственности за небрежность следует подходить очень щепетильно. Однако все нарастающее усложнение общественных отношений, огромный ущерб, причиняемый небрежными деяниями, требуют в ряде случаев правовой, в том числе и уголовно – правовой стимуляции активности поведения. Нет оснований в этом случае говорить об отказе от принципа субъективного вменения, ибо последнее отнюдь не означает вменение исходя из психического отношения. Постольку поскольку небрежность предполагает учет индивидуальных возможностей конкретного лица, она не является чисто объективным вменением.

Авторы этого предложения не замечают, что легкомыслие, допустимое, по их мнению, в уголовном праве не имеет принципиального отличия от небрежности, так как имеющееся в нем осознание возможности наступления последствий является абстрактным, а не действенным, и не мыслится как опасность в данной конкретной ситуации.

Рассмотрение накопленных психологической и философской науками знаний по данной проблеме приводит к следующим выводам.

Обвинять – значить упрекать человека, давать его поступку отрицательную оценку. Оценка есть «...сравнение с эталоном...».⁶⁰ Такая оценка социально оправдана не только в случае отражения в сознании правонарушителя вызываемых им изменений, но и тогда когда эти изменения не нашли отражения в его сознании, как это бывает при неосторожности.

Обвинение в этом случае базируется на упреке за неисполненный долг перед обществом при наличии возможности его исполнения. *Неисполнение долга* и есть смысловая характеристика, а, следовательно, и *сущность вины*. А сама вина проявляется, естественно, в поведении человека, а именно – *в нарушении социальной нормы (эталона), сформировавшегося в сознании людей.*

Разумеется, у разных людей представление о совести и долге может различаться, но в социальную норму преобразуются представления преимущественные, получающие наибольшую поддержку в обществе.

-
- ¹ Тугаринов В.П. Философия сознания. – М. – 1971. – с. 53 – 54.
- ² Бочоришвили Т.Г. Проблема объективности ценности. – Автореф. Дис. Канд. Философ. наук. – Тбилиси. – 1988. – с. 15.
- ³ Каган М.С. Человеческая деятельность. – М.- 1974. – с. 84.
- ⁴ Д.И. Дубровский. Проблема идеального.-М.-1983.- с. 70, 81.
- ⁵ Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии.-Спб.-1999.- с. 592 – 593.
- ⁶ А. В.Ф. Кузьмин. Проблемы объективного и субъективного в марксистско – ленинской гносеологии. – Автореф. Дис. Доктора философ. наук. – М. – 1970. –с. 4 – 5, 12.
- ⁷ Тугаринов В.П. Теория ценностей в марксизме. – ЛГУ.- 1968. – с. 10.
- ⁸ Москаленко А.Т. Сержантов В.Ф. Личность как предмет философского сознания. – Новосибирск. – 1984. – с. 212.
- ⁹ А.Н. Максимов. Философия ценностей. – М. – 1997. – с. 47, 120.
- ¹⁰ Смирнов П.И. Ценностные основания общества. – СПб. – 1994. – с. 11. См. также –Гуревич П.С. Философия культуры. – М. – 1944. – с. 128. ; Леонтьев Д.А. Ценность как междисциплинарное понятие : опыт многомерной реконструкции // Вопросы философии. – 1996.- № 4. ; Панфилов О.Н. Ценностные отношения : природа и генезис. – Автореф. Дис. Докт. Философ. наук. - СПб. – 1994.- с. 1, 16. ; Дж. Миллер. Е. Галантер и К. Прибрам. Планы и структура поведения. –М.- 1965. – с. 89.
- ¹¹ Макаров М.Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии. – Л.-1977.- с. 31.
- ¹² Г.В. Назаренко. Вина в уголовном праве. Орел. – 1996.- с. 53.
- ¹³ Там же – с. 52
- ¹⁴ Назаренко Г.В. Указ. соч. – с. 53 – 54.
- ¹⁵ Там же – с. 71.
- ¹⁶ Там же – с. 3.
- ¹⁷ Матвеев Г.К. Основания гражданско – правовой ответственности.- М.- 1970.- с. 191.
- ¹⁸ См., например., Рарог А.И. Вина в советском уголовном праве. – Саратов. – 1987. – с. 106., где о вине говорится как об оценочном отношении индивида к ценностям ... общества, объективированном в конкретном общественно опасном деянии.
- ¹⁹ Лунеев В.В. Субъективное вменение. – М. – Спарк. – 2000. – с.46.
- ²⁰ Игнатъева Г.К., Шестакова И.С. Проблема ценностей в философии Н.О. Лосского. – Философия ценностей. – Тезисы Российской конференции. – Курган, 26 – 27 марта 1998. – с. 4.
- ²¹ Рыбаков Н.С. О фундаментальном принципе аксиологии. – Философия ценностей. – Тезисы Российской конференции.- Курган, 26 – 27 марта 1998. – с. 78.
- ²² Каган М.С.. Философская теория ценности. – СПб. – 1997.- с. 68, 165.
- ²³ Полякова И.П. Роль ценностей в процессе мотивации. – Автореф.дис. канд.фил.наук. – М. – 2003. – с. 5.
- ²⁴ Кравец А.С. Природа вероятности. – М. – 1976. – с. 26 – 27.
- ²⁵ Панпурин В.А. Ценность как смыслопереживательный момент. – Философия ценностей.- Тезисы Российской конференции. – Курган, 26 – 27 марта 1998 г. – Курган. – 1998. – с. 74.
- ²⁶ Рубинштейн С.Л. Указ. Соч. с. 595.
- ²⁷ В.Виндельбанд. Избранное. Дух и история. – М. – 1995.- с. 189.
- ²⁸ Матвеев Г.К. Указ. Соч. с. 187.
- ²⁹ Алексеев С.С. Философия права.- М. – 1998. – с. 57, 60.
- ³⁰ Еникеев М.И. Юридическая психология. Учебник для вузов.-Норма.- М. – 2003.- с.21.
- ³¹ Козлов А.П. Понятие преступления.-Спб.-2004.- с. 556, 559, 563, 564, 555.
- ³² В.В. Мальцев. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности.-Спб.- 2004.-с.222,223.
- ³³ Шаталова Л.И. Правовые, психологические и этические аспекты субъективного вменения в уголовном праве Российской Федерации. – Автореф. Дис. Канд. Юрид. Наук. – Самара. –2002. – с. 7- 8.
- ³⁴ Шаталова Л.И. Указ. Соч. с. 8.
- ³⁵ Мельник В. Совесть - нравственная основа суда присяжных. Российская юстиция. – 1996.- № 2. – с. 7 – 8.
- ³⁶ П.В.Симонов. П.М.Ершов. Ю.П.Вяземский. Происхождение духовности – М.–1989.-с. 14.
- ³⁷ Там же.
- ³⁸ Каган М.С. Указ. Соч. с. 166.

-
- ³⁹ Тихомиров О.К. Психология мышления. – М. – 1984. – с. 110.
- ⁴⁰ Макаров М.Г. Категория цели в марксистской философии и критика телеологии. – Л. – 1977.- с. 31.
- ⁴¹ Юнг К.Г. Аналитическая психология : ее теория и практика. Веклер. – 1998.- с. 20, 38.
- ⁴² Алексеев С.С. Философия права. – М. – 1998. – с. 24, 34 – 35.
- ⁴³ Толковый словарь русского языка Ушакова. [http:// slovari.yandex.ru/dict/ushakov](http://slovari.yandex.ru/dict/ushakov)
- ⁴⁴ Толковый словарь В.Даля ON – LINE. <http://vidahi.agava.ru/>
- ⁴⁵ Днепров В. Литература и нравственный опыт человека.-М. – 1970. – с. 111.
- ⁴⁶ М.С. Каган Философская теория ценности. – СПб. – 1997. – с. 113.
- ⁴⁷ Иоган Фихте. Факты сознания. Назначение человека. Наукоучение. – Харвест. – М. – АСТ- 2000. – с. 654, 658.
- ⁴⁸ А.Ф. Плахотный. Свобода и ответственность. – Харьков.- 1972. – с. 15, 76.
- ⁴⁹ К. Муздыбаев. Психология ответственности. – Ленинград. – 1983. – с. 7,8,19.
- ⁵⁰ Сухомлинский В.А. Мудрая власть коллектива. – Избр. педагогические сочинения. – М. – 1979. – т. 3, с. 229.
- ⁵¹ К. Муздыбаев. Указ. Соч. с. 8.
- ⁵² Номоконов В.А. Преступное поведение : механизм детерминации, причины, ответственность. – Автореф. Дис. Докт. Юрид. Наук. – М. – 1991. – с. 15 –16.
- ⁵³ Серебренникова А.В. Уголовный кодекс Швейцарии : основные черты книги первой – Вестн. МГУ. Сер. «Право». – М. – 1997. - № 6. – с. 55. Цитир по : Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления. – СПб. – 2002. – с. 106.
- ⁵⁴ Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления. – СПб. – 2002. – с. 106.
- ⁵⁵ Дугин А.Т.Поведение как отношение – индивидуальное, общественное, правовое. – Великий Новгород, Псков. – 2001. – с. 67.
- ⁵⁶ Бобнева М.И. Социальные нормы и регуляция поведения. – М. – 1978. – с.118. Цитир. По :Дугин А.Т. Указ. Соч. с. 69.
- ⁵⁷ Дугин А.Т. Поведение как отношение – индивидуальное, общественное, правовое. – Великий Новгород, Псков, - 2001. – с.98, 99.
- ⁵⁸ Пусторослев П.П. Анализ понятия о преступлении. – М. – 1892. – с. 231.
- ⁵⁹ И. Бикеев. Актуальные проблемы учения о субъективной стороне преступления.- Уголовное право. – 2002. - № 3. – с. 11.
- ⁶⁰ Чунаева А.А. Категория цели в современной науке и ее методологическое значение. Автореф. Дис. Докт. философ.наук. – Ленинград. – 1982. – с. 24.

РАЗВИТИЕ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ПОДЛОГЕ

ПЛОТНИКОВ А.И.,

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

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

ЛИТВИНЕНКО О.А.,

соискатель

Ключевые слова: подлог, подделка, документы, предмет, фальсификация, должностное лицо, указ.

В статье в историческом плане рассматривается развитие уголовного правового понятия подлога и основанных на нем правовых норм, прослеживается тенденция развития российского законодательства о подлоге.

Key Words: counterfeit, document forgery, falsification, public officer, enactment.

The author carries out a historical survey of the evolution of counterfeit as a criminal law concept, and then identifies development trends of the Russian legislation concerning counterfeit.

В условиях научно-технического прогресса постоянно появляются новые и все более изощренные способы подделки и внедрения в оборот

подложных документов, как средств фиксации удостоверяющей и иной информации, поддельных денег, ценных бумаг, пластиковых карт, так называемых, фиктивных (виртуальных) денег, изделий из поддельных металлов и драгоценных камней. Преступления, связанные с подлогом, имеют характерные особенности, отличающие их от иных преступных посягательств. Кроме того, подлог во многих случаях включается в качестве способа совершения преступления в состав иных преступных деяний.

Нормы, предусматривающие ответственность за подлог, претерпевали ряд изменений за время существования российской государственности, что находилось в прямой зависимости от степени развития общественно-экономических отношений. В рамках данной статьи проследим развитие указанных норм с момента возникновения государства на Руси вплоть до советского периода.

На ранних этапах становления русского государства преступления, связанные с подлогом не могли существовать. Это связано с тем, что на тот момент в «новорожденном обществе», в котором «правительственный организм еще не зрел»¹, не получили достаточного развития отношения торговли, государственного управления, и иные социальные связи.

В «Русской Правде», где под преступлением понималась «обида», нанесенная конкретному члену общины, а на суд князя выносились только те дела, которые не могли беспрепятственно разбираться внутри обособленного рода при враждебных столкновениях его членов, нет указания на преступления, связанные с порядком управления². Кроме того, в «Русской правде» в качестве доказательств по делу допускались поличное, свидетельские показания, испытание железом, клятвы, что говорит о слабом развитии письменности, и, как следствие, отсутствии объективного закрепления достоверности юридических фактов – документов, которые могли бы быть предметом подлога. Преступлениями, носившими черты подлога, были лжесвидетельство и подделка граничных знаков.

Подлог документов появляется только тогда, «когда развитие известного общества достигает той степени, при которой является сознание необходимости особых способов такого удостоверения в интересах всего правопорядка»³. Постепенное развитие на Руси письменности привело к необходимости документального закрепления различных видов сделок (заем, передача вещей на хранение и др.), оформлявшихся на *досках*, которые имели силу только после соблюдения формальной процедуры (снятия копий, хранившихся в *ларях*). Такая процедура являлась гарантией исключения подлога. В судной грамоте Александра Михайловича, данной Пскову, и в уставной грамоте Константина Михайловича тому же городу, говорится о том, что «князю и посаднику грамот правых не посужати, а лживых грамот и доски обыскавши правда судом посудить»⁴. Не смотря на то, что указанное положение относилось лишь к использованию подложных досок, как доказательства в суде, и носило лишь уголовно-процессуальный характер, но наказание за подлог уже применялось (например, публичное наказание кнутом за подлог, совершенный архимандритом Чудова монастыря и князем Ухтомским)⁵.

В XV веке – первой половине XVI века с созданием Русского централизованного государства, развитием феодальных отношений, укрупнением феодальных землевладений, дальнейшим развитием экономических связей и товарно-денежных отношений, с ростом классового расслоения общества, связанного с дальнейшим закрепощением крестьян, а также с усилением власти царя, укрупнением бюрократического аппарата уголовное право претерпевало серьезные изменения. С изменениями, происходящими в экономике, социально-политической жизни общества, менялось и само понятие преступления. Так, если в «Русской Правде», как уже указывалось, под преступлением понималась «обида», то есть нанесение морального или материального вреда конкретному члену общины, то уже в Судебнике 1497 года под преступлением понимается, прежде всего,

посягательство на господствующий феодальный правопорядок, за которое преследует не потерпевший, а государство.

В Судебнике 1550 года точнее, чем в Судебнике 1497 года определяются субъективные признаки преступления, впервые разрабатываются признаки вины. А в связи с тем, что объектом посягательства становится в первую очередь феодальный правопорядок, свое развитие получают и преступления против порядка управления. Появляется первое определение подлога, как особого вида неправосудия со стороны лиц, вершивших суд царя. Субъектами преступления выступают бояре, окольничьи, казначеи, дьяки и подьячие, то есть должностные лица, которые в силу своего положения имели возможность вносить в судебные акты записи «не по суду» или подписки⁶. Ужесточение меры наказания именно за должностной подлог связано с ростом и развитием бюрократического аппарата. Как подчеркивает Соловьев С.М., появилась «потребность в мерах против злоупотреблений лиц правительственных и судей»⁷, что получило свое отражение в Судебнике. Развитие в Русском государстве единой денежной системы породило такой состав преступления, как фальшивомонетничество (незаконная чеканка, подделка и резание денег), но пока ответственность за данный вид преступления не получила законодательного закрепления, а была представлена лишь приговорами в отношении конкретных лиц.

Во второй половине XVI века – середине XVII века продолжалось развитие феодальных отношений на Руси, завершилось полное и всеобщее закрепощение крестьянства. Все больше укреплялась власть царя, сформировалось единое сословие феодалов. Рост феодальных хозяйств привел к росту товарно-денежных отношений, замене натурального оброка денежным. Происходило укрупнение ремесленного производства с дальнейшим созданием заводов и мануфактур. Указанный период в истории российского государства требует особого внимания в рамках данной статьи,

так как именно с утверждением в России сословно-представительной монархии начинается интенсивное развитие норм о подлоге.

Итог развитию русского уголовного права в XVI - начале XVII века подвело Соборное Уложение 1649 года. В Уложении под преступлением понималось не только посягательство на феодальный правопорядок, но и вообще всякое нарушение указа царя. Важнейшими преступлениями становятся преступления против церкви, а также государственные преступления оскорбления «царского величества». Следующими по важности считались преступления против порядка управления: подделка государственных документов (грамот, актов), печатей, подделка денег. Получило развитие и понятие подлога и ответственности за него. Соборное Уложение содержит особые разделы: главу IV «О подписицах и которые печати подделывают», посвященную подлогу документов, главу V «О денежных мастерах, который учнут делати воровские деньги», предусматривающую ответственность за фальшивомонетничество.

Следует отметить, что Соборное уложение 1649 г. устанавливает множество обязательных условий, соблюдение которых необходимо при составлении письменных актов. Тем самым обеспечивается общее предупреждение от возможных случаев подлога документов. В Уложении впервые подписка, или подделка документов не только поставлена в общий ряд уголовно наказуемых деликтов, но и дана спецификация различных составов подлогов. Так, наряду с изготовлением фиктивных документов предусмотрена ответственность за подделку печатей к ним (ст. 2 главы IV), ответственность за использование заведомо подложных документов стала распространяться на родственников или наследников виновных (ст. 3 главы IV)⁸. Направленность подлога документов в отношении интересов правосудия в Соборном уложении выступает уже неотчетливо. Достоинством названного Уложения является то, что в нем получают конкретизацию некоторые виды подлога документов: подлог в государевых грамотах и приказных письмах, что заключалось в составлении подложных документов

от имени государя, переделке подлинной государевой грамоты, составлении подложных приказных писем, подделке подписи думных и приказных людей и подьячих; подделка государевой печати, приложение подложной печати, обрезанной от другого документа к подложным документам. Использование заведомо подложных документов выделяется в отдельный состав.

Важно заметить, что согласно Уложению не был наказуем факт нахождения у лица подложных документов при условии незнания об их подложности (ст. 4 главы IV). Таким образом, преступления, связанные с подлогом, характеризовались только умыслом. Наказанием, которым карались указанные случаи подлога документов, была смертная казнь. Столь суровая ответственность, очевидно, объяснялась усилением в XVII веке власти государя, приданием особой ценности документам, относящимся к его ведению.

Фальшивомонетничество в связи с тяжелым финансовым положением в государстве принимало порой массовый характер, и данное преступление, заключавшееся в увеличении содержания меди, олова или свинца в золотых и серебряных монетах, каралось смертной казнью, путем вливания в горло расплавленного металла. Субъектом данного вида преступления признавались денежные мастера, золотых и серебряных дел мастера. Отдельно были выделены должностные преступления, такие как подлоги по службе (фальсификация документов, сведений, искажения в денежных бумагах и проч.). Характеризуя Соборное уложение 1649 г., следует заметить, что подлог в данном законодательном акте считался совершенным с момента учинения подделки, и дальнейшего использования поддельного документа не требовалось. В качестве мотива преступления законодатель указывал корысть, личные неприязненные отношения, а также совершение преступлений «по дружбе» (глава IV, ст. 12 главы X Уложения).

В Соборном уложении также говорится о подлоге других - гражданско-правовых документов: составление подложных служилых кабал при помощи подставных лиц (ст. 23 главы XX); составление подложной

купчей или подложной закладной на чужую вотчину без согласия собственника (ст. 35 главы XVII). Но и эти преступления предполагали участие органов государственной власти. Щиголев Ю.В. считает, что в ст. 28 главы XX и ст. 34 главы XVII Уложения также говорится о подлоге⁹. Однако с этим трудно согласиться, так как из текста указанных статей можно сделать вывод, скорее, о мошенничестве и халатности, где подлог документов выступает в качестве способа совершения преступления, чем о подлоге, как о самостоятельном преступлении.

В конце XVII века в России утверждается абсолютная монархия. Указом 21 февраля 1697 года¹⁰ был отменен состязательный процесс времен Алексея Михайловича Романова, вместо судов и очных ставок вводился розыск (инквизиционный процесс). Данный нормативный акт можно рассматривать, как попытку борьбы с коррупцией должностных лиц и «лукавством» в судах. В рассматриваемое время продолжает действовать Соборное Уложение 1649 года и в качестве одного из видов доказательств в судах продолжает применяться присяга и крестное целование. Это объясняет тот факт, что в Указе предусмотрена ответственность за нарушение присяги (ст. 9) и лжесвидетельство (ст. 10).

Законодательство начала XVIII века было представлено Воинскими артикулами 1715 года, Генеральным регламентом 1720 года, регламентами различных ведомств, манифестами, именными Указами, Уставами, боярскими приговорами¹¹. В Воинских Артикулах 1715 года преступления, связанные с подлогом были объединены в Главу XXII «О лживой присяге и подобных сему преступлениях»¹² наряду с клятвopреступлением и лжесвидетельством. Это позволяет сделать вывод о том, что подлог трактовался, как один из видов наказуемой лжи. Законодатель упоминает о следующих видах подлога:

- 1) производство фальшивых монет (арт. 199);
- 2) подделка мер и весов (арт. 200);
- 3) подделка фальшивых печатей, писем и расхода (арт. 201);

4) присвоение другого имени и прозвища (арт. 202).

В Российской империи рассматриваемого периода интересы государства явно преобладают над интересами частных лиц, что нашло свое отражение и в законодательстве. Так, в статье 203 выделено в отдельный состав вычернение, срывание и уничтожение «явно прибитых (правительственных) указов, повелений». Интересно, что данный состав предусматривает ответственность не только за умышленные действия, но и по небрежности («небрежению»).

В Воинских Артикулах 1715 года выделялось несколько видов фальшивомонетничества:

- использование чужого чекана для изготовления денег;
- смешение металлов для изготовления монет;
- уменьшение веса или соотношения металлов в монетах.

В арт. 194, где присвоение и растрата казенных денег совершается путем умышленного уменьшения сумм в расходных ведомостях, подлог выступает, как способ совершения другого преступления.

За подделку документов, печатей и денег предусматривалось суровое наказание: за подделку денег следовала смертная казнь в виде сожжения, за другие преступления следовало наказание в виде смертной казни через повешение, конфискации, штрафа и телесного наказания.

Российское уголовное законодательство этого периода было широко представлено различными постановлениями, указами, в том числе указаниями по конкретным уголовным делам. В данных документах также находят развитие отдельные положения о подлоге документов. Так, например, Боярский приговор от 30 апреля 1701 г. определяет за всякие «лукавства» в крепостях, как за клятвopеступление, смертную казнь. Здесь «лукавства», под которыми следует понимать и подлоги, рассматриваются в законе как вид должностного злоупотребления. Следует отметить, что в этот период впервые в законодательных документах появляется термин «подлог» в значении подделки, фальсификации документов. Так в Генеральном

Регламенте 1720 г. под подлогом подразумевается умышленное искажение содержания документа (Глава 50 п. 3)¹³.

Но в дальнейшем термин «подлог» не получил распространения в этом значении и не употреблялся для обозначения подделки документов. В XVIII – первой половине XIX века подлог употреблялся в широком смысле, в значении обмана, всякой лжи, всевозможной хитрости (например, подлог товаров, продуктов, подмена рекрутов, издание чужого сочинения под своим именем). Смертная казнь за преступления, связанные с подлогом уже не применялась. Наоборот, наблюдалось облегчение наказания за подлог, применялись «новые виды наказания: шельмование, исключение из службы, разжалование в солдаты, ссылка в Сибирь, каторга»¹⁴.

В первой половине XIX века происходило разложение крепостнического строя и рост капиталистических отношений. Изменения в социально-экономическом строе общества требовали обновления и упорядочения уголовного законодательства. В указанный период при Николае I была проведена систематизация законодательства в различных отраслях права. В области уголовного права систематизация завершилась изданием Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845г., составившего том XV Свода законов Российской империи. Необходимость новой систематизации уголовного законодательства была связана и с реформами государственного аппарата, развитием системы полиции и политического сыска, и с более точным обозначением правового статуса различных сословных групп в Своде законов. Свод законов более четко определил компетенцию судебных и судебно-административных органов, что также требовало совершенствования законодательства. Усиление карательной политики самодержавия вызывало потребность в более определенном формулировании в законе наказуемых деяний, в более четком определении составов государственных преступлений и преступлений против порядка управления.

Определяя систему преступлений, Свод законов, также как и все предыдущие, рассмотренные выше памятники русского уголовного права, поставил на первое место преступления против веры, на второе место преступления государственные. Преступления против порядка управления занимали третье место в указанной системе.

Свое развитие в указанный период получило и понятие подлога. В теории русского уголовного права XIX века под подлогом понималось «заведомо ложное удостоверение какого-либо юридического действия, отношения или права посредством фальшивого документа»¹⁵. Кроме этого, так называемого, материального подлога русские юристы выделяли также подлог интеллектуальный: «сокрытие фактов в официальной бумаге, долженствующей служить удостоверением действительности сих фактов»¹⁶. Это понятие охватывало только подлог официальных документов, издаваемых Сенатом, министерствами, правительственными, губернскими или уездными учреждениями, органами местного самоуправления.

В рассматриваемый период значительно возросла уголовно-правовая охрана бюрократического и полицейского аппарата России, что послужило основанием к объединению статей, касающихся подлогов государственных (официальных) документов, в главу III раздела IV Уложения 1845 года – О самовольном присвоении власти и о составлении подложных указов или предписаний и других исходящих от правительства бумаг. Уже в самом наименовании раздела законодатель дает ответ на вопрос о том, что понималось под официальными документами в России в рассматриваемый период. Основным признаком официального документа было издание такого документа правительственными органами: императором, Сенатом, министерством, губернскими, уездными учреждениями и органами местного самоуправления.

Существовавшие до этого нормативные акты, рассмотренные выше, предусматривали ответственность только за некоторые составы, включенные в указанную главу Уложения 1845 года. В Артикуле воинском 1715 года

преследовалась только подделка печатей, письменных актов, срывание, порча, уничтожение правительственных указов и распоряжений. Еще меньше подобных составов было в Соборном уложении 1649 года. В Уложении 1845 года преступления, направленные на уничтожение, порчу, вычернение, правительственных указов и печатей, официальных надписей и памятников, были выделены в самостоятельную главу раздела IV, и отделены от преступлений, связанных с подлогом¹⁷. Артикул воинский и Соборное уложение 1649 года рассматривали и фальшивомонетничество как преступление против порядка управления. В Уложении 1845 года ответственность за указанный состав преступления содержится в разделе VII – О преступлениях и проступках против имущества и доходов казны. В качестве одного из достоинств Уложения о наказаниях уголовных и исправительных следует отметить то, что впервые в истории российского уголовного законодательства преступления против суда были отнесены к разделу II – О преступлениях против веры и о нарушении ограждающих оную постановлений. Это объяснялось тем, что лжеприсягу и лжесвидетельство законодатель рассматривал, как преступления против религии, подрывающие веру в бога.

Российское законодательство XIX века выделяет следующие виды подлогов:

1) составление подложных указов, манифестов, грамот, рескриптов, иных бумаг императора, Правительствующего сената, министерств или главных управлений, губернских правлений, судебных и правительственных мест или начальств, общественных учреждений, или подчистку, изменение содержания указанных документов и использование их в преступных целях (ст.ст. 319-322 Уложения);

2) подделка печатей и штемпелей императора, правительственных учреждений и должностных лиц (ст.ст. 323-324 Уложения). Частные мастера несли ответственность за простое изготовление такой печати или штемпеля не по заказу правительственного учреждения, как за самостоятельный состав,

так и приготовление к преступлению, в случае, если им было известно о том, изготовленные печать или штампель будут использоваться для совершения иного преступления (ст. 325 Уложения);

3) подделка менее важных документов, дающих право на получение социальной помощи или налоговых льгот: свидетельства о болезни, бедности, хорошем поведении и других тому подобных документов (ст. 328 Уложения)¹⁸. В данном случае ответственность наступала только за использование подложных документов, так как предполагалось, что ответственность за изготовление такого рода документов несли должностные лица, совершившие подлог (раздел V Уложения).

Уложение рассматривало документы не только в качестве объекта посягательства, но и в качестве средства совершения преступлений. В случае использования подложного документа или поддельной печати для совершения других преступлений, виновный подвергался наказанию по правилам о совокупности преступлений (ст. 328 Уложения).

Перечисляя виды подлога в главе третьей раздела IV Уложения, в качестве субъекта преступления законодатель рассматривал частных лиц, совершивших подлог. Статьи, устанавливающие ответственность должностных лиц за совершение подлога по службе, содержатся в главе IV раздела V Уложения 1845 – О преступлениях и проступках по службе государственной и общественной. В ней, по сути, дублировались виды подлогов, указанные законодателем в разделе IV, устанавливалась лишь повышенная ответственность за эти преступления для должностных лиц. В отличие от ранее существовавшего законодательства России Свод законов установил ответственность не только за подчистки и исправления, но и за хищение документов и искажения в отчетности¹⁹. Причем, по данным статьям квалифицировались только те хищения документов и искажения в них, которые были направлены на достижение цели подлога и касались документов, вверенных должностному лицу (ст. 391 Уложения).

Выше уже приводилось понятие интеллектуального подлога, существовавшее в юридической литературе XIX века. Примеры данного вида подлога содержатся в рассматриваемых статьях раздела V Уложения. Интеллектуальный подлог законодателем подразделялся на общий, упомянутый в статье 391, и особенный – выдача заведомо ложных свидетельств о болезни, бедности или хорошем поведении лица (ст. 392) и заведомо лживое изложение законов и других правовых актов (ст. 390). В свою очередь общий интеллектуальный подлог включал в себя деяния трех видов:

1) такие, уголовный характер которых не зависел от целей и мотивов субъекта, когда должностное лицо подделывало подписи, свидетельские показания, составляло фальшивые акты или оформляло их задним числом, включало в них вымышленные обстоятельства или заведомо ложные сведения, выдавало мнимую копию с несуществующего акта, подделывало акты, отданные ему на сохранение;

2) такие, которые приобретали свойства должностного подлога только при условии противоправных намерений субъекта, то есть действия, связанные с заведомым искажением фактов или их сокрытием в докладах, рапортах, протоколах, журналах и других официальных документах;

3) такие, которые признавались преступлением только при наличии корыстных или иных личных побуждений виновного: нарушения правил делопроизводства и оформления официальных актов.

Анализ статей Уложения, касающихся подлогов, позволяет сделать вывод о том, что эти преступления считались оконченными с момента совершения подлога, и для привлечения виновного лица к уголовной ответственности дальнейшего использования предмета подлога не требовалось. В случае неиспользования подложно составленного или измененного документа, печати, штампа, или в случае явки с повинной виновного до того, как поддельный документ был обращен им к своей выгоде, виновный также привлекался к уголовной ответственности, но имел

право на смягчение наказания. Подлог характеризовался только умыслом прямым или косвенным. В качестве субъекта преступления выступают уже не только должностные лица или лица, которые по роду своей деятельности выполняют те или иные виды работ (писари, мастера, изготавливавшие штампы, клейма, печатных дел мастера и пр.), но и другие частные лица, причастные к совершению подлога или к использованию заведомо подложного документа.

Тяжесть наказания за подлог зависела от предмета преступления, большей или меньшей значимости подделанного или исправленного документа или печати. Уложение предусматривало применение строгого наказания за фальсификацию доказательств по уголовному делу в том случае, если в результате совершенного подлога наказание понесло невиновное лицо. Это связано с тем, что в результате постановления неправомерного приговора подрывался авторитет судебных органов.

Помимо разделов IV и V, предусматривающих ответственность за подделку официальных документов, нормы, устанавливающие ответственность за преступления, связанные с подлогом частных документов, носивших гражданско-правовой характер, были и в других разделах: в разделе VIII «О преступлениях и проступках против общественного благоустройства и благочиния», в разделе IX «О преступлениях и проступках против законов о состояниях», в разделе XII «О преступлениях и проступках против собственности частных лиц».

Во второй половине XIX века – начале XX века с утверждением и развитием капитализма в государстве проводится капитальная реформа судебной системы России. В рассматриваемый период вводятся в действие новые суды: мировые суды, суды присяжных заседателей, созданные в результате проведенной судебной реформы, а также Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 года, основанный на новой системе судов и предусматривающий совершенно иную, чем Уложение 1845 года, систему наказаний. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных

1845 года в силу несоответствия содержащихся в нем норм вновь созданной судебной системе, новым видам средств и приемов преступных посягательств, а также новой системе наказаний, оказалось не способным обеспечить надлежащую защиту частных, общественных и государственных интересов. Бала начата работа над созданием нового уголовно-правового акта.

Начало XX века ознаменовалось принятием в 1903 году Уголовного уложения, значительно модернизовавшего и унифицировавшего уголовное право России. В содержании Уголовного уложения отразились особенности последних десятилетий существования Российского государства, предшествовавших созданию уложения, и «организация законотворческой деятельности в это время, осуществлявшаяся преимущественно бюрократическим путем»²⁰.

Особенная часть Уложения 1903 года строилась в зависимости от свойств и значения объекта посягательства. В соответствии с этим в первую группу преступлений были включены преступления против религии и церкви, посягательства на государство: его устройство, законы, внешнюю безопасность, порядок управления. Ко второй группе относились преступления против семьи, а также подлоги, которые рассматривались законодателем как «переходная ступень между общественными и частными преступлениями»²¹. Третью группу составляли преступления против личных и имущественных прав частных лиц. В последнюю, XXXVII главу, были выделены нормы о преступных деяниях по службе государственной и общественной.

Законодатель предусматривал одинаковую ответственность, как для лиц, виновных в подделке официальных документов и печатей правительственных или общественных установлений и служащих, так и за подделку документов и печатей, исходящих от частных лиц. Что и послужило основанием к рассмотрению в Уложении 1903 года преступных деяний, связанных с подлогом в качестве переходных от преступлений

государственных к преступлениям, посягающим на права и свободы частных лиц. При этом зачастую преступления за подделку «частных документов» (ст. 440) наказывались строже, чем подделка официальных документов (ст. 441)²². Но необходимо отметить, что если совершался подлог документов и печатей, исходящих от императора или правительственного органа, то преступление считалось оконченным с момента его совершения и наступления опасных последствий не требовалось. Аналогичное деяние, совершенное в отношении документов и печатей частных лиц и учреждений, признавалось преступным лишь при наличии вреда имущественным интересам указанных лиц (ст. 451 Уложения).

В качестве цели совершения преступления указывалось «употребление за настоящее»²³, то есть, совершая подделку, виновное лицо предполагало, что предмет подлога будет использоваться для приобретения каких-либо преимуществ или благ либо послужит основанием для уклонения от возложенных обязанностей. В некоторых составах указанная цель выводилась законодателем в качестве обязательного признака субъективной стороны (ст.ст. 437, 449, 450, 451 Уложения). Совершая подделку, преступник руководствовался корыстными мотивами, при этом нес одинаково строгую ответственность, как за подлог, так и за использование заведомо подложного документа, печати, штампа, орудия для наложения клейма или иного удостоверительного знака. В случае использования настоящей печати, штампа, орудия для наложения клейма или иного удостоверительного знака для изготовления документа виновный наказывался, как за подделку документа. При этом опять же законодатель не проводил разграничений в принадлежности печати или орудия государственным органам либо частным лицам.

Впервые в уголовном праве тяжесть преступления поставлена в зависимость от степени общественной опасности деяния. Кодекс выделял тяжкие преступления, преступления и проступки. Анализ санкций статей Уголовного уложения 1903 года о подлоге позволяет сделать вывод, что

данный вид преступных деяний относился к числу тяжких преступлений, за которые назначалось наказание в виде каторги срочной и без срока, и преступлений, когда виновный подвергался наказанию в виде заключения в тюрьму.

К концу XIX века в теории русского уголовного права была завершена разработка норм о подлоге документов. В Уголовном уложении 1903 года были впервые проработаны нормы о подлоге, для целей которого документом признавался всякий предмет, служащий для удостоверения, возникновения или прекращения прав и обязанностей. В литературе учеными-юристами в качестве основных признаков документа назывались:

1. письменная форма;
2. свойство удостоверять события и факты, имеющие правовое значение;
3. свойство быть выражением человеческой мысли;
4. наличие свойств материального предмета.

Последний признак, в частности, рассматривался в качестве необходимого условия для формального определения документа, как предмета преступления, в котором воплощался наказуемый обман²⁴.

Деяния, связанные с подлогом, признавались законодателем преступными только при наличии умысла у совершающих их лиц. В качестве субъекта преступления рассматривались не только должностные лица, но и все другие лица независимо от рода деятельности и социального положения, причастные к совершению подлога или использовавшие заведомо подложный документ. Должностное лицо выступало, как специальный субъект преступлений, связанных с подлогом. Подлог считался оконченным с момента учинения, дальнейшего использования предмета подлога не требовалось. При этом законодатель предусматривал, что, совершая подделку, лицо руководствовалось как корыстными, так и иными мотивами (например, из хулиганских побуждений, либо из личных неприязненных отношений с лицом, в отношении которого подделаны компрометирующие

его документы). В качестве цели законодатель стал называть «употребление за настоящее» для дальнейшего приобретения каких-либо прав либо уклонения от несения обязанностей либо от ответственности за проступок.

Таким образом, нормы о подлоге в условиях развития новых экономических отношений в России в конце XIX – начале XX века способствовали защите, как государственных интересов, так и интересов частных лиц. Однако указанные нормы, так и не были введены в действие, а советское уголовное право впоследствии отказалось от создания единых норм, устанавливающих ответственность за подлог, взяв за основу критерии официальных документов, предусмотренных Уложением о наказаниях 1845 года. В советском законодательстве подлог считался наказуемым только в случае подделки или использования заведомо поддельных документов, штампов печатей, исходящих от государственных или общественных учреждений, организаций или предприятий или принадлежащих им.

Анализируя этапы развития норм о подлоге в уголовном праве России, необходимо отметить, что на ранних этапах становления государства не существовал объект подлога из-за неразвитости социальных отношений и отсутствия предметов их оформления. Создание централизованного государства, развитие экономических связей и товарно-денежных отношений приводит к необходимости законодательного закрепления наказания за подлог, как за особый вид неправомерности со стороны лиц, вершивших суд. Указанная характеристика ограничивала круг субъектов преступления должностными лицами государства.

Во второй половине XVI века – середине XVII века с утверждением на Руси сословно-представительной монархии в гражданско-правовом обороте появляется ряд условий, необходимых при составлении письменных актов, что побуждает законодателя выделить конкретные виды составов, связанных с подделкой документов, а также с использованием заведомо подложных документов. В качестве основного признака субъективной стороны подлога законодатель стал рассматривать вину в виде умысла. Был

расширен и круг мотивов, которыми преступник руководствовался, совершая преступление: к корыстным мотивам, добавлены личные неприязненные отношения, а также совершение преступлений «по дружбе». Преступными стали признаваться также деяния, связанные с подлогами частноправовых документов.

До первой половины XIX века нормы о подлоге в уголовном законодательстве России не претерпели каких-либо серьезных изменений.

В 1845 году с введением в действие Уложения о наказаниях уголовных и исправительных появляется новое, более широкое определение подлога, под которым понималось заведомо ложное удостоверение какого-либо юридического действия, отношения или права посредством фальшивого документа. Такое понимание подлога позволяло законодателю обеспечивать защиту не только государственных документов, но и документов, печатей и штампов, исходящих от частных лиц. В связи с тем, что государство берет под свою защиту, наряду с общественными и государственными, интересы частных лиц, закон впервые не ограничивает круг субъектов подлога лишь должностными лицами. Более конкретно расписывается объективная сторона подлога как преступного деяния, которое признается оконченным с момента совершения подлога, независимо от наступивших последствий. Из общей массы преступлений, связанных с подлогом, выделяются должностные подлоги. Для того, чтобы разграничить виды документов вводится понятие официального документа, основным признаком которого является издание такого документа правительственными органами.

С началом XX века эволюция уголовно-правовых норм о подлоге, связанная с объективными социально-экономическими изменениями, происходившими в государстве, привела к государственной защите интересов частных лиц, и закреплению в качестве предмета подлога личных документов, печатей и клейм, принадлежащих частным лицам или учреждениям. Изменения, которые произошли с нормами, предусматривающими ответственность за подлог в русском уголовном праве,

сформировали в юридической литературе и уголовном законодательстве до 1922 года четкое представление о подлоге, как о наказуемом действии (обмане), направленном против сложившегося в государстве порядка управления, с целью приобретения прав либо уклонения от несения обязанностей.

¹ Соловьев С.М. Сочинения. В 18 кн. Кн. I. История России с древнейших времен. Т.1-2.-М.: Мысль, 1988. С.229.

² Русская Правда. Пространная редакция. Русская Правда Краткая редакция/ Хрестоматия по истории государства и права России: учеб. пособие/сост. Ю.П. Титов.-2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С.4-25.

³ Жижиленко А.А. Подлог документов. Историко-догматическое исследование. СПб., 1900. С212-213.

⁴ Псковская судная грамота/ Хрестоматия по истории государства и права России: учеб. пособие. С. 30.

⁵ Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву. Вып.4. СПб. 1892. С.1227.

⁶ Судебник 1550г./ Хрестоматия по истории государства и права России: учеб. пособие. С.41.

⁷ Соловьев С.М. Сочинения. В 18 кн. Кн. IV. История России с древнейших времен. Т. 7-8. – М.: Мысль, 1989. С. 111.

⁸ Соборное Уложение 1649 года/ Хрестоматия по истории государства и права России: учеб. пособие. С. 53.

⁹ Щиголов Ю.В. Квалификация подлогов документов по российскому уголовному праву.: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08 – М.,1998. С.14.

¹⁰ Указ «Об отмене в судных делах очных ставок, о бытии вместо оных расспросу и розыску, о свидетелях, об отводе оных, о присяге, о наказании лжесвидетелей и о пошлинных деньгах/ Хрестоматия по истории государства и права России: учеб. пособие. С. 138-139.

¹¹ См. История государства и права России: Учебник для вузов/Под ред. С.А. Чибиряева. М.-1998. С.104.

¹² Артикул воинский (1715г., апреля 26)/ Хрестоматия по истории государства и права России: учеб. пособие. С. 184-185.

¹³ См. Генеральный Регламент или Устав, по которому Государственные Коллегии, також и все оных принадлежащих к ним канцелярий и кантор служители, не токмо во внешних и внутренних учреждениях, но и во отправлении своего чина, подданейше поступать иеуют. 1720г. февраля 28/ Законодательство Петра I. - М.: Юрид. лит., 1997. С.122.

¹⁴ Цит. по: Российскому законодательству X-XX веков. Под ред. О.И. Чистякова. Том 6. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 383.

¹⁵ Неклюдов Н.А. Руководство особенной части русского уголовного права. СПб, 1887. С. 99.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Российское законодательство X-XX веков. Под ред. О.И. Чистякова. Том 6. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 245-249.

¹⁸ Российское законодательство X-XX веков. Под ред. О.И. Чистякова. Том 6. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 250-254.

¹⁹ Российское законодательство X-XX веков. Под ред. О.И. Чистякова. Том 6. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 273-274.

²⁰ Цит. по: Российскому законодательству X-XX веков. Под ред. О.И. Чистякова. Том 9. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 240.

²¹ Цит. по: «Российскому законодательству X-XX веков». Под ред. О.И. Чистякова. Том 9. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 252.

²² Российское законодательство X-XX веков. Под ред. О.И. Чистякова. Том 9. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 314.

²³ Российское законодательство X-XX веков. Под ред. О.И. Чистякова. Том 9. М.: Юрид. лит., 1984-1994. С. 314-315.

²⁴ Жижиленко А.А. Подлог документов. Историко-догматическое исследование. СПб., 1900.

РАЗДЕЛЕНИЕ ОСНОВНЫХ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ, КАК ЭЛЕМЕНТ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ СТОРОН

РЕЗЕПКИН А.М.,

к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики,

*Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** принцип состязательности сторон, элементы состязательности, процессуальное равноправие сторон, разделение основных уголовно-процессуальных функций.*

В работе освещены проблемные процессуальные вопросы, связанные с разделением уголовно-процессуальных функций, рассматриваемых в качестве одного из элементов принципа состязательности сторон. Автором представлено теоретическое определение понятия уголовно-процессуальных функций и обосновывается идея о необходимости разграничения уголовно-процессуальных функций на основные и иные (вспомогательные).

***Keywords:** adversarial principle, contestable, procedural equality of parties, the separation of basic criminal procedure functions.*

The paper highlights concern procedural issues related to the division of criminal procedural functions, considered as one of the elements of the adversarial principle. The author presents a theoretical definition of criminal

procedural functions and justified idea of the need to distinguish criminal procedure functions on the basic and other (auxiliary).

Построение уголовного судопроизводства на началах состязательности требует серьезнейшего переосмысления и, как нам представляется, в необходимых случаях преобразования таких важных для уголовно-процессуальной науки вопросов, как понятие, виды уголовно-процессуальных функций, соотношение последних с принципом состязательности сторон, их социальной направленности, а главное – возможности четкого разграничения. Поскольку без разделения уголовно-процессуальных функций невозможно представить себе социально-правовой конфликт равноправных сторон, разрешаемый независимым и беспристрастным судом в ходе уголовного судопроизводства, особенно на его начальных этапах. В связи с чем следует признать приоритетное положение данного элемента состязательности, его особую связующую роль по отношению к другим.

Ввиду значимости уголовно-процессуальных функций в науке появилось учение о них, развивающееся и по сей день. Отправным пунктом серьезных научных изысканий был Устав уголовного судопроизводства 1864 г., который впервые утвердил принцип состязательности в том понимании, которое соотносится с сегодняшними представлениями о нем. Так, И.Я. Фойницкий указывал на то, что роль суда сводится «к разрешению уголовного иска, предъявленного обвинителем как стороной процесса и оспариваемого подсудимым (его представителем) как участником другой противоположной стороны»¹. Примерно той же позиции придерживался и М.С.Строгович.² Однако, несмотря на явную рациональность разделения уголовно-процессуальных функций, профессора С.А. Голунский и М.А. Чельцов относились к лагерю противников, отрицая разделение функций ввиду их буржуазного происхождения.³

Благо в настоящее время данный элемент состязательности более чем востребован, споры о котором не сходят со страниц учебной и научной литературы. Так до сих пор остается неразрешенным вопрос относительно понятия уголовно-процессуальных функций. Одни ученые под уголовно-процессуальными функциями понимают основные направления деятельности⁴, другие определяют их как направления уголовно-процессуальной деятельности.⁵ Считаю для себя решение вопроса правильного толкования уголовно-процессуальных функций крайне важным, с точки зрения реализации всех элементов состязательности в досудебном производстве, позволим заявить следующее. Уголовно-процессуальные функции – это, прежде всего, отдельные направления деятельности участников уголовного судопроизводства. Обоснованием изложенного является то, что в общепринятом смысле (социальном значении) функция ассоциируется с деятельностью, определяющей роль и назначение чего-нибудь.⁶ Придерживаясь той точки зрения, что помимо основных функций (обвинения, защиты и разрешения дела)⁷ существуют и иные.⁸ Разумно задаться вопросом, а будет ли иная деятельность (не основная) подпадать под категорию уголовно-процессуальной функции? Ответ очевиден – нет. Поскольку оспариваемая нами позиция сводится к пониманию в качестве уголовно-процессуальной функции только основных направлений деятельности. По нашему глубокому убеждению это недопустимо, так как умаляются процессуальные права и законные интересы отдельных участников уголовного судопроизводства (Глава 8 УПК РФ). Вместе с тем эти участники обеспечивают совершение определенных процессуальных действий, которые возникают, изменяются, а в ряде случаев прекращаются в ходе уголовного судопроизводства в рамках установленной процессуальной формы. Так почему мы не должны учитывать эти обстоятельства в определении понятия процессуальной функции? Ведь деятельность данных участников ни в коей мере не противоречит ни сущности уголовного процесса, ни его состязательным началам.

Состязательность разрушает смешение основных уголовно-процессуальных функций, а не существование, наряду с основными, иных вспомогательных. К тому же вспомогательные функции, осуществляемые свидетелями, экспертом, специалистами, переводчиком и понятым не связаны напрямую с деятельностью участников, выступающих на стороне обвинения и защиты, что обуславливает их исключительность и в тоже время оправданное самостоятельное существование.

Сам М.С. Строгович давал следующее определение процессуальным функциям: «Уголовно-процессуальные функции – это определенные стороны, определенные направления деятельности, не совпадающие друг с другом и не поглощаемые друг другом».⁹

Совершенно абсолютно можно сказать, что деятельность иных лиц не совпадает с деятельностью других участников уголовного судопроизводства. Что, безусловно, отвечает требованиям, установленным законодателем в главах 5-8 УПК РФ, где в качестве основных уголовно-процессуальных рассматриваются функции обвинения, защиты и разрешения дела (главы 5,6,7 УПК РФ), а вспомогательных (служебных) – деятельность, осуществляемая иными участниками уголовного судопроизводства (свидетелем, экспертом, специалистом, переводчиком, понятым). Обособленное существование вспомогательной функции подтверждается и пунктами 45,46,47 ст.5 УПК РФ, в которых раскрываются понятия: стороны, сторона защиты и сторона обвинения.¹⁰ Поэтому, как мы полагаем, *уголовно-процессуальные функции – это урегулированные законом направления уголовно-процессуальной деятельности различных участников уголовного судопроизводства, желающих достичь конкретно поставленных перед собой целей.* Данное определение не только отражает закономерность существования отдельных направлений процессуальной деятельности, но и, в то же время, согласуется со свойствами, характеризующими уголовно-процессуальную функцию, а именно: а) функция есть урегулированная законом процессуальная деятельность; б) функция, осуществляемая

участниками уголовного процесса – представителями либо со стороны обвинения, либо со стороны защиты; в) эта деятельность направлена на достижение предназначения уголовного судопроизводства.¹¹

Обращаясь к уже частично затронутой нами классификации уголовно-процессуальных функций, позволим себе отметить то, что в теории уголовного процесса велись и отчасти ведутся споры лишь о количестве и системе основных процессуальных функций, составляющих костяк уголовного процесса. Так, некоторые процессуалисты к трем основным функциям относят расследование дела, поддержание гражданского иска и защиту от гражданского иска.¹² Другие основными функциями считают расследование уголовного дела, прокурорский надзор, защиту от предъявленного обвинения, защиту от предъявленного гражданского иска, но и также считают функцией поддержание гражданского иска.¹³ Кроме того, в современной процессуальной литературе обосновывается наличие четырех основных, преимущественно генерирующих, функций, а именно: а) уголовное преследование, в качестве составных частей которого выступает процессуальная деятельность по раскрытию преступления в ходе расследования уголовного дела, обвинению и изобличению обвиняемого в совершении преступления, а также возмещению потерпевшему причиненного преступлением вреда; б) охрана прав, свобод, законных интересов участников уголовно-процессуальной деятельности, в которую в качестве составных частей входят защита прав и законных интересов лица, подозреваемого в совершении преступления, и обвиняемого, реабилитация незаконно подвергшихся уголовному преследованию лиц, а также опровержения исковых претензий о возмещении вреда; в) осуществление правосудия путем разрешения обвинения по существу; г) воспитательно-профилактическая функция, включающая в себя воспитание граждан, в том числе и участников уголовного процесса по конкретному делу, в духе уважения и соблюдения нравственных и правовых норм, а также процессуальную деятельность по предупреждению преступлений¹⁴.

Нельзя не отметить первоначальную привлекательность приведенных позиций, в особенности последней, в связи с тем, что она всецело согласуется с назначением уголовного судопроизводства. Вместе с тем, как нам представляется, авторы неоправданно расширили число основных функций. А по справедливому высказыванию Шпилева В.Н., «закон не позволяет ни свободного выбора, ни смешения, ни подмены процессуальных функций между различными участниками процесса».¹⁵ Главы 5-8 УПК РФ позволяют утверждать о существовании всего трех основных процессуальных функций (обвинения, защиты и разрешения дела), не исключая при этом существования вспомогательной функции, осуществляемой иными участниками уголовного судопроизводства. И это правильно, поскольку «функциональный подход, находящий свое отражение в разграничении уголовно-процессуальных функций, имеет для уголовного судопроизводства такое же основополагающее значение, как принцип разделения властей для цивилизованного государства»¹⁶. Законодатель намеренно закрепил в качестве основных три функции, так как они полностью вписываются в идею построения состязательного судопроизводства.

Включение, а равно исключение какой-либо функции способно внести дисгармонию, тем самым, безусловно, препятствуя полноценной реализации уже существующих элементов состязательности в досудебном производстве по уголовному делу.

Большинство авторов оправданно первым основополагающим элементом состязательности называют четкое разделение уголовно-процессуальных функций, однако мы, чтобы не допустить неоднозначного его толкования, выражая волю законодателя, считаем целесообразным зафиксировать этот элемент как четкое разделение основных уголовно-процессуальных функций. На это также нацеливает ч.2ст.15 УПК РФ, в которой сказано, что функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же

орган или одно и то же должностное лицо. «Все три указанные функции являются основными, они находятся в гармоничном и неразрывном единстве, любая из них неизбежно и закономерно предполагает наличие двух других, каждая процессуальная функция существует и развивается лишь постольку, поскольку существуют и развиваются две остальные. Обвинение без защиты придавало бы судопроизводству односторонний, обвинительный характер. О защите без обвинения вообще нельзя говорить, ибо такая защита логически и фактически невозможна. Правильное разрешение дела достижимо только в состязательном процессе, когда суд с участием сторон обвинения и защиты исчерпывающим образом проверит все доказательства, исследует все обстоятельства, говорящие как за, так и против подсудимого».¹⁷

Поднимая вопрос о соотношении принципа состязательности сторон с четким разделением основных уголовно-процессуальных функций, важно отметить то, что сторонники состязательности почти единодушно сошлись во мнении, что состязательность существует благодаря размежеванию основных процессуальных функций и может качественно изменить процесс, направленный на защиту интересов отдельно рассматриваемой личности, общества и государства в целом.

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. 5-е изд. Спб., 1996. Т 1. С. 63-64.

² См.: Строгович М.С. Уголовный процесс. М., 1941. С. 78.

³ См.: Чельцов М.А. О недопустимости буржуазных конструкций в советскую уголовно-процессуальную теорию // Ученые записки ВЮЗИ. Вып. 4. М., 1958 С. 85-87; Он же. Советский уголовный процесс. М., 1962. С. 72-73.

⁴ См.: Нажимов В.П. Об уголовно-процессуальных функциях// Правоведение. 1973. № 5. С.73; Якуб М.С. О понятии уголовно-процессуальной функции в советском уголовном судопроизводстве// Правоведение. 1973. № 5. С. 85.

⁵ См.: Малхазов И.И. Понятие и задачи уголовного процесса// Уголовный процесс РСФСР: учебник / под общ. ред. В.Е.Чугунова, Л.Д.Кокорева. Воронеж, 1968. С. 10.; Савицкий В.М. Указ. соч. С. 41.; Кокорев Л.Д. Участники правосудия по уголовным делам. Воронеж, 1971. С. 52.; Строгович М.С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе. М., 1951. С. 15,86.

⁶ См.: Словарь современного русского литературного языка. Т.16. М-Л., 1964. С. 1539; Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1978. С. 265, 509, 789.

⁷ См.: Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство. Киев, 1989. Т.1. С. 22.; Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. М., 1971. С. 43 и др.

⁸ См.: Карев Д.С. Советский уголовный процесс. М., 1975. С. 17; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А.Д.Бойкова и И.И.Карпеца. М., 1989. С.420-423.; Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М., 1986. С. 4-14.; Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности. М., 1961. С. 51.; Уголовный процесс /под ред. Чельцова М.А. М., 1969. С. 11-12.; Шпилев В.Н. Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. С. 55-68.; Элькинд П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 54.

⁹ Строгович М.С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе. М., 1951. С.15.

¹⁰ Пунктом 45 ст.5 УПК РФ стороны определяются как участники уголовного судопроизводства, выполняющие на основе состязательности функцию обвинения (уголовного преследования) или защиты от обвинения; пункт 46 ст.5 УПК РФ к стороне защиты относят обвиняемого, а также его законного представителя, защитника, гражданского ответчика, его законного представителя и представителя. Что касается пункта 47 ст.5 УПК РФ, то он представляет сторону обвинения в качестве прокурора, следователя, руководителя следственного органа, дознавателя, частного обвинителя, потерпевшего, его законного представителя и представителя, гражданского истца и его представителя.

¹¹ См.: Зинатуллин З.З., Зинатуллин Т.З. Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 2002. С. 11.

¹² См.: Р.Д.Рахунов. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М., 1989. С. 47-48.

¹³ См.: В.А.Познанский, А.П.Цыпкин и др. Советский уголовный процесс. Часть общая. Саратов, 1968. С. 19-24. Более подробно См.: Шпилев В.Н. Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. С. 57-58.

¹⁴ См.: Зинатуллин З.З., Зинатуллин Т.З. Указ. соч. С. 19-21.

¹⁵ Шпилев В.Н. Указ. соч. С. 67.

¹⁶ См.: Соловьев А.Б. О функциях прокуратуры в досудебных стадиях уголовного судопроизводства // Проблемы совершенствования прокурорского надзора. М., 2003. С. 121.

¹⁷ Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. М., 1971. С. 62.

ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ ИНДИКАТОРОВ СОЦИАЛЬНОЙ ЦЕННОСТИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

СМИРНОВА И.Г.,

*к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики,
руководитель юридической клиники Судебно-следственного факультета
Байкальского государственного университета экономики и права,
664003, г. Иркутск, ул. Ленина, 11, корп.6, каб.213,
кафедра уголовного процесса и криминалистики БГУЭП,
тел: 8 (3952) 211-817, e-mail: smirnova-ig@mail.ru*

*«Для того, чтобы изменить что-то в этом мире,
необходимо реально взглянуть на вещи».*

Конфуций

Ключевые слова: *уголовное судопроизводство, социальная ценность, критерий, назначение головного судопроизводства, уголовно-процессуальная политика, общественное мнение.*

В работе автор указывает на необходимость аксиологической оценки уголовного судопроизводства в целях обеспечения эффективности изменений, вносимых в уголовно-процессуальное законодательство.

Оценка соответствия уголовного судопроизводства, его целей, порядка и результатов носит постоянный характер и возможна на любом из этапов, будь то осознание той системы ценностей, которая должна быть законодательно закреплена, защищена государством, адекватность ее соответствующего законодательного закрепления, либо фактическая реализация нормативных предписаний. Следовательно, необходимо выделение

таких критериев оценки социальной ценности уголовного судопроизводства, которые были бы пригодны для применения на любом из вышеуказанных этапов. Таковыми являются следующие критерии, образующие систему:

- нормативный критерий, каковым выступает назначение уголовного судопроизводства;*
- регулятивный критерий, под которым следует понимать уголовно-процессуальную политику;*
- фактический критерий, т.е. общественное мнение.*

Key words: *criminal procedure, social value, criterion, the aim of criminal procedure, criminal and procedural policy, public opinion*

The article highlights the necessity of axiological assessment of the criminal procedure with the aim of supporting the efficiency of changes included in criminal-procedural legislation.

The matching assessment of the criminal procedure, its aims, order and results have the constant character and is possible at any stage: the realization of value system that must be fixed by law and the factual realization of normative prescripts. Consequently, it is necessary to choose such criteria of social value assessment of criminal procedure that can be applied at any above-mentioned stages. The following criteria form the system:

- Normative criterion that defines the aim of criminal procedure;*
- Regulatory criterion that means the criminal and procedural policy;*
- Actual criterion – in other words the public opinion.*

Ситуация, сложившаяся в настоящее время в отечественной науке характеризуется наличием, с одной стороны, достаточного количества теоретических и практических проблем, требующих своего разрешения, а, с другой стороны, не меньшим вариантом предложений ученых по их

разрешению. Однако справедливости ради необходимо отметить, что зачастую такие предложения ограничиваются указанием на необходимость совершенствования, изменения, дополнения действующего законодательства или же его обновления.

Вместе с тем, трудности правоприменительной практики обусловлены не только и не столько недостатками закона, сколько иными детерминантами социального, политического и иного характера. Не случайно отмечают, что особенностью российской ментальности является не столько нарушение норм права, сколько их неприменение. Указанные тенденции особенно опасны в сфере уголовного судопроизводства, которая характеризуется широкими возможностями, предоставленными органам уголовного преследования по применению принуждения.

В этой связи возникает насущная потребность, как науки уголовного процесса, так и правоприменительной практики по формулированию нового подхода (новой парадигмы) научного исследования, позволяющего учесть не только внутренние, специфические уголовно-процессуальные пробелы, но и социальные особенности функционирования уголовно-процессуальных механизмов в обществе.

Итак, необходимо подчеркнуть, что большее значение приобретают те результаты исследования, которые основаны на анализе какого-либо явления не только как самостоятельной системы, но и как элемента иной системы: например, общества. Указанное в полной мере применимо и к уголовному судопроизводству, чье функционирование вне общества просто немыслимо. В этой связи внесение каких-либо предложений о дальнейшем совершенствовании уголовно-процессуального законодательства, определение основных направлений и форм его развития крайне затруднительны без учета ценностной составляющей уголовного процесса, его значения в жизни общества. Однако, аксиологическая оценка уголовного судопроизводства обладает определенной спецификой, которая может быть изучена с помощью

соответствующих показателей – индикаторов социальной ценности уголовного судопроизводства.

В словарях индикатор (от латинского *indicator* – указатель) определяется как прибор, устройство, элемент, отражающий какой-нибудь процесс, состояние наблюдаемого объекта¹, устройство, отображающее изменения какого-либо параметра контролируемого процесса или объекта в форме, наиболее удобной для непосредственного восприятия.² Следовательно, в рамках данного исследования необходимо избрание показателей социальной ценности уголовного судопроизводства, наиболее объективно и наглядно отражающих реальную картину аксиологической сущности уголовного процесса, где особую роль, безусловно, играет государство.

Как в этой связи отмечает Г.В. Ткачева, основные направления деятельности государства в важнейших сферах жизни общества принято называть функциями государства³ (их не стоит смешивать с уголовно-процессуальными функциями). Развитие методологических основ теории государства и права предопределило большое разнообразие определений понятия функции.

Так, Каск Л.Н. под функцией понимал «способ поведения, присущий какому-либо объекту и способствующий сохранению существования этого объекта или той системы, в которую он входит».⁴ Функция также рассматривается с точки зрения последствий, вызываемых изменением одного параметра в других параметрах объекта,⁵ как основное направление деятельности;⁶ роль, которую выполняет определенный социальный институт по отношению к целому;⁷ наконец, функции рассматриваются как конечные цели государства, которые остаются неизменными в течение определенного исторического периода.⁸

Небезынтересно отметить, что функции не являются чем-то неизменным. В процессе развития общества они могут изменяться, трансформироваться, но в любом случае должны быть направлены на решение задач, затрагивающих общественные (публичные) интересы на длительном

историческом этапе общественной жизнедеятельности. Такими задачами могут выступать сохранение и обеспечение ценностей порядка и стабильности, которые должно нести с собой государство.

Функции государства, по мнению М.Н. Марченко, обладают наиболее важными чертами, среди которых он выделяет следующие:

1. Функции государства имеют комплексный, синтезирующий характер.

2. По своему характеру, содержанию и назначению функции государства не бывают социально выхолощенными, нейтральными. Они всегда выражают и отражают социальную сущность и содержание конкретного государства. В них неизменно проявляется та реальная, социально обусловленная и ориентирующая роль, которую выполняет государство.

3. Именно с функциями государства прослеживается прямая связь не только с социальной сущностью и содержанием государства, но и с его непосредственными, стоящими перед ним на определенном этапе развития целями и задачами.

4. Функции государства не следует отождествлять с функциями его отдельных органов или государственных организаций, которые обладают относительно узким, локальным характером, хотя также имеют немалую значимость для жизни общества.

5. Функции государства отличаются своими методами и формами осуществления и не смешиваются со сферами их приложения.⁹

Полагаем, что следует согласиться с С.В. Калашниковым, который отмечает, что в процессе эволюции правовые функции (наряду с властными и экономическими) стабилизируются и при дальнейшем развитии принципиально не изменяются, чего нельзя сказать о функциях социальных.¹⁰ В современных условиях именно социальные функции становятся в государстве доминирующими; именно их эволюция есть по сути эволюция государства.

Действительно, если обратить свое внимание на анализ уголовно-процессуальных функций, то легко заметить, что функции осуществления правосудия, обвинения и защиты сами по себе являются традиционными, классическими. Однако их наполнение претерпевает существенные изменения ввиду того, что по своему назначению они выступают средством реализации социального государственного предназначения.

Как уже было отмечено ранее, процесс приобретения ценностного содержания чего-либо (в том числе и уголовного судопроизводства) проходит несколько этапов.

Здесь необходимо сделать одно существенное замечание: аксиологическая оценка вне личности и вне ее сознания существовать не может. Следовательно, придание объекту, предмету или процессу ценностного содержания возможно только в обществе путем осуществления соответствующей мыслительной оценочной деятельности.

Безусловно, в соответствии с общим структурным представлением о системе человеческой деятельности выделяют два уровня – индивидуальный и общественный.¹¹ И только последний из них является процессом, взятым в отношении не только к нуждам и потребностям какого-либо конкретного субъекта, но и к интересам и потребностям иных субъектов человеческой деятельности. Указанное разграничение является достаточно условным, если рассматривать деятельность не только с точки зрения самого процесса, но учитывать при этом результаты, условия, а также способы осуществления деятельности, которые могут носить общественный характер.

Таким образом, оценка соответствия уголовного судопроизводства, его целей, порядка и результатов носит постоянный характер и возможна на любом из этапов, будь то осознание той системы ценностей, которая должна быть законодательно закреплена, защищена государством, адекватность ее соответствующего законодательного закрепления, либо фактическая реализация нормативных предписаний. Следовательно, необходимо выделение таких критериев оценки социальной ценности уголовного судопроизводства,

которые были бы пригодны для применения на любом из вышеуказанных этапов.

Полагаем, что к таковым можно отнести следующие критерии, образующие систему:

- нормативный критерий;
- регулятивный критерий;
- фактический критерий.

Та система ценностей, которая была признана под влиянием мирового сообщества российским государством, нашла законодательное закрепление в нормативно-правовых актах, в частности, в Конституции РФ и УПК РФ (интересно в свое время отметил Л.Н. Толстой: «Прежде чем говорить о благе удовлетворения потребностей, надо решить, какие потребности составляют благо»)¹² Цель уголовно-процессуальной деятельности нашла законодательное закрепление в ст.6 УПК РФ «Назначение уголовного судопроизводства», а также в той системе уголовно-процессуальных принципов, систематизированных совместно с упомянутой ст.6 УПК РФ в Главе 2 УПК РФ.

Естественно, что ценностная составляющая этих предписаний с позиции обеспечения сбалансированного соответствия частных, общественных и государственных интересов нуждается в самостоятельной оценке.

Однако сами по себе «хорошие законы» не являются гарантом того, что результаты правоприменительной деятельности будут социально полезными и ценными для общества, т.к. большое значение приобретает средство реализации законоположений. Таковым выступает государственная политика в сфере уголовного преследования, которая также требует самостоятельного исследования и последующей оценки.

Наконец, полученные результаты далеко не всегда соответствуют тем высоким идеалам, которые провозглашены в виде правовых принципов. Как, например, показывает анализ постановлений Конституционного Суда РФ (не считая множества его определений), вынесенных по вопросам уголовного

судопроизводства, в орган конституционного контроля РФ поступали запросы со стороны судов общей юрисдикции, военных судов, Уполномоченного по правам человека в РФ, а также Президента РФ. Однако в большинстве случаев проверка конституционности закона, примененного или подлежащего применению в уголовном деле, была инициирована гражданами. Количество жалоб на действия (бездействие), решения сотрудников органов уголовного преследования аналогично указывает на ту же тенденцию.

Следовательно, оценка как самой уголовно-процессуальной деятельности, так и фактических результатов возможна путем анализа общественного мнения как фактического индикатора социальной ценности уголовного судопроизводства.

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Словарь русского языка. – М.: Азбуковник, 1988. – С.247.

² Советский энциклопедический словарь. – М.: Сов. энциклопедия, 1988. – С.489.

³ Ткачева Г.В. Проблемы обновления социальной функции российского государства. Дисс. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2004. – С.17.

⁴ Цит. по: Там же. – С.18.

⁵ Философский энциклопедический словарь. – М., 1989. – С.718.

⁶ Нажимов В.П. Об уголовно-процессуальных функциях // Правоведение. – 1973. – №5. – С.73; Якуб М.Л. О понятии уголовно-процессуальной функции в советском уголовном судопроизводстве // Правоведение. – 1973. – №5. – С.85.

⁷ Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А.М. Прохоров. – М.: Сов. энциклопедия, 1988. – С.1441; Элькин П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1963. – С.54-69.

⁸ Каск Л.И., Николаева Л.В. О некоторых вопросах понятия функции государства // Вестник ленинградского университета. Экономика, философия, право. Вып.2. – 1971. – №11. – С.105.

⁹ Теория государства и права: Учебн. / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, 2000. – С.175-177.

¹⁰ Калашников С.В. Социальная политика социального государства: эволюция теории и практики. Дисс. ... д-ра экон. наук. – М., 2003. – С.68.

¹¹ См.: Николов Л. Структуры человеческой деятельности. – М.: Прогресс, 1984. – С.21.

¹² Цит. по: Тотьев К.Ю. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. – 2002. – №9. – С.19.

СОДЕРЖАНИЕ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ СУДЬИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

ХУЗИАХМЕТОВ Д.М.,

преподаватель гражданского права,

НОУ СПО «Оренбургский юридический колледж»,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50.,

тел.: (3532) 31-79-40, mail: orblk@rambler.ru

Ключевые слова: уголовное, убеждение, аналогия, усмотрение, содержание, судебское.

В статье рассматривается содержание мало изученного понятия в уголовном процессе – «Судейского усмотрения». Выделяются следующие элементы содержания судебского усмотрения: 1) юридический факт (состав), как основание возникновения и применения судебского усмотрения; 2) внутреннее убеждение, как субъективный элемент, влияющий на выбор альтернатив; 3) аналогия закона и аналогия права; правоприменительная практика и государственная политика в области уголовного процесса, принципы законности и справедливости, как объективные элементы, влияющие на выбор альтернатив. В работе приведены примеры влияния содержательных элементов судебского усмотрения на выбор альтернатив в рамках уголовного судопроизводства.

Keywords: criminal, belief, analogy, the discretion, the maintenance, judicial.

In the article the maintenance of the poorly studied concept of criminal trial – “the Judicial discretion” is considered. Following elements of the maintenance of the judicial discretion are allocated: the legal fact (structure),

as the basis of occurrence and application of the judicial discretion; internal belief, as the subjective element influencing a choice of alternatives; analogy of the law and analogy of law; application practice of and a state policy in the field of criminal trial, legality and justice principles, as the objective elements influencing a choice of alternatives. In the work the examples of the influence of substantial elements judicial discretion on a choice of alternatives within in criminal trial.

Проблемы, связанные с усмотрением судьи, не утратили своей актуальности в современный период как в науке, так и практике уголовного процесса.

Изучение содержания судейского усмотрения относится к числу малоисследованных проблем, которые возникают при анализе принятых судьями по уголовному делу решений. В практическом отношении знание того, как получаемая судьями информация о юридических фактах по уголовному делу преобразуется в судейское усмотрение при принятии решений, необходимо для выяснения места и роли данного правового явления в осуществлении функции правосудия. Проблема судейского усмотрения – это проблема влияния субъективно и объективных факторов в судебной деятельности.

Суд не всегда имеет возможность применять императивные (абсолютно-определенные) правовые нормы. Когда в законе нельзя детально описать ситуацию, в которой суд будет действовать и принимать решение, ему предоставляется возможность осуществления дискреции при рассмотрении возникающих вопросов. Законодатель потому и передает на судейское усмотрение решение ряда правовых вопросов, что сам их полностью урегулировать не может, так как для этого требуется специальный подход в каждом конкретном случае¹.

На основе имеющихся исследований в области определения понятия «судейского усмотрения» таких ученых как Н.В. Радутная, И.А. Покровского, П.И. Люблинского, А. Барак², мы предлагаем свое консолидированное определение:

Судейское усмотрение есть правовое явление, вытекающее из полномочий суда на основе юридических фактов, установленных по уголовному делу, аналогии закона (права), внутреннем убеждении, решать вопросы, связанные с рассмотрением и последующим разрешением уголовного дела в случаях, когда законом не предусмотрена четкая регламентация процессуальных действий и решений, либо законом предоставлена альтернатива при принятии решений.

Как указывает Ж.К. Конярова, в формировании усмотрения участвует огромное количество факторов объективного и субъективного характера. Их влияние, воздействие друг на друга весьма сложное, многоаспектное³. Действительно в виду сложности указанного объективно-субъективного взаимодействия достаточно проблематичным представляется проследить все элементы данной цепочки. Возможно, только, остановиться на отдельных наиболее значимых моментах. Детальное изучение данной темы еще предстоит ученым.

Можно выделить основные элементы содержания усмотрения судьи в уголовном процессе. К ним относятся:

- *юридический факт (состав), как основание возникновения и применения судейского усмотрения;*
- *внутреннее убеждение, как субъективный элемент, влияющий на выбор альтернатив;*
- *аналогия закона и аналогия права, правоприменительная практика и государственная политика в области уголовного процесса, принципы законности и справедливости, как объективные элементы, влияющие на выбор альтернатив.*

Судейской усмотрение не возникает само по себе, оно возможно только с соблюдением ряда предпосылок: наличие особых правовых условий, объективная необходимость, нормативная закреплённость, способность к порождению правовых последствий. Указанные же предпосылки в своей совокупности являются юридическим фактом. Можно говорить о том, что порождающая сила дискреции в уголовном процессе - юридический факт (состав).

Общая теория государства и права под юридическими фактами понимает «определённые жизненные обстоятельства (условия, ситуации), с которыми норма права связывают возникновение, изменение или прекращение правоотношений»⁴.

Проблематика юридических фактов в уголовном судопроизводстве долгое время не являлась предметом изучения. Термин «факт» больше использовался не в обычном значении факта юридического, а как факт-доказательство или как факт-обстоятельство, подлежащий установлению по уголовному делу.

В то же время отмечается, что в случае решения проблемы юридических фактов в уголовно-процессуальной сфере есть звено к решению общей проблемы уголовно-процессуальных отношений. Основной аспект взаимосвязи фактов с отношениями состоит в том, что содержательная основа юридических фактов представлена фрагментами поведения, деятельности, отдельными элементами поступков людей – субъектов правовых отношений. Это не случайно избранные элементы, а либо узловые моменты социальных связей, либо такие «точки» этих связей, воздействие на которые способно оказать влияние на весь режим и данного правоотношения и даже на режим уголовного судопроизводства в целом⁵.

Познание во взаимосвязи юридических фактов и уголовно-процессуальных отношений есть этапы познания механизма уголовно-процессуального регулирования. Категория механизма уголовно-

процессуального регулирования представляет собой систему всех правовых средств, воздействующих на участника уголовного процесса с целью обеспечить его должное поведение. Научная разработка данной категории названа в качестве основных направлений в науке уголовного процесса⁶.

Интересно в свете своей проработанности и полноты определение, данное понятию юридических фактов в уголовном процессе И.В. Кутюхиным, который под ними понимает предусмотренные в нормах уголовно-процессуального права как факты-модели явления реальной действительности (факты-явления), наступление которых влечет правовые последствия. Свойствами уголовно-процессуальных юридических фактов являются: а) объективизированность (материальность); б) социальный характер; в) индивидуальность; г) нормативность; д) способность вызывать правовые последствия; е) наличие процессуальной формы; ж) количественное преобладание уголовно-процессуальных действий в массе юридических фактов; з) потребность в доказывании; и) алгоритмичность (связь с предшествующими и последующими фактами); к) тяготение к формированию фактических составов⁷.

Как же проявляет себя действие юридических фактов на возникновение и применение усмотрения судьи в уголовном судопроизводстве в правоприменительной деятельности, что есть внешняя форма проявления юридических фактов? Обратимся к положениям Уголовно-процессуального Кодекса РФ (УПК РФ). Статья 108 УПК РФ «Заключение под стражу» содержит основания применения судебного усмотрения в процессе реализации её установлений. Во-первых, судья может применить усмотрение в исключительных случаях (предварительно установив их наличие) данную меру пресечения и в отношении подозреваемых (обвиняемых) в совершении преступления санкцией которых предусмотрено наказание менее двух лет (ч. 1 ст.108 УПК РФ). Во-вторых, избрать меру пресечения в отношении

несовершеннолетнего в случае его обвинения (подозрения) в совершении преступления средней тяжести (ч.2 ст.108 УПК РФ). В-третьих, наиболее яркий пример судебного усмотрения, содержащегося в статье 108 УПК РФ, это возможность применения иной меры пресечения (залога, домашнего ареста), которую судья избирает по собственной инициативе, при наличии оснований (ч.7.1 ст.108 УПК РФ).

Основанием возникновения и применения усмотрения судьи, при рассмотрении вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, является совокупность юридических фактов, называемая юридическим составом. Рассматриваемый юридический состав образуют следующие юридические факты: 1) подозрение или обвинение лица в совершении уголовно-наказуемого деяния; 2) задержание подозреваемого (обвиняемого) или то обстоятельство, что он скрылся от органов предварительного расследования; 3) соответствующее ходатайство следователя (дознателя) перед судом; 4) объективные обстоятельства (фактические основания) для избрания судом указанной меры пресечения или отказ в удовлетворении ходатайства.

Таким образом, отсутствие юридического состава ведет к невозможности судьей применить усмотрение, что можно описать формулой: «нет юридического факта – нет судебного усмотрения».

Выбор альтернатив судьей осуществляется путем осмысления нормы права и обстоятельств, имеющих определяющее значение при принятии решения. Рациональная сторона познания в уголовном процессе содержит в себе как логические, так и психологические моменты.

Процесс применения дискреции в уголовном процессе не возможен без внутренней убежденности судьи в обоснованности принятия того или иного решения.

Исследование внутреннего убеждения в российской литературе получили широкую теоретическую разработанность как с точки зрения общего понятия уголовного процесса, относимого к субъектам с

различным процессуальным статусом, так и частного случая – внутреннего убеждения судьи.

В то же время, внимание ученых в большей степени нацелено на проблему формирования внутреннего убеждения при оценке доказательств. Данную направленность имеют как научные изыскания советского периода, так и современные российские работы⁸.

Признавая данное положение верным, необходимо вынести внутреннее убеждение судьи за рамки оценки доказательств и придать ему общее значение, после чего будет легче ответить на вопрос о соотношении внутреннего убеждения и усмотрения судьи.

Как указывает О.А. Папкова – «внутреннее убеждение судьи является общим понятием по отношению к судебскому усмотрению. Указанные термины не являются синонимами. Что касается оценки доказательств, то она производится по внутреннему убеждению суда, элементом которого является судебское усмотрение. Внутреннее убеждение суда имеет более интенсивную субъективную окраску по сравнению с дискрецией»⁹.

Внутреннее убеждение судьи при оценки доказательств формируется в отношении относимости, допустимости, достоверности доказательств в отдельности и в их взаимосвязи. Судейское усмотрение необходимо в процессе установление обстоятельств, имеющих значение для дела, относимости, допустимости, достоверности, достаточности доказательств. Связь доказательств также устанавливается с применением усмотрения суда. То есть во внутреннем убеждении суда при оценке доказательств присутствует такой элемент, как судебское усмотрение.

В наиболее общем виде под внутренним убеждением понимается «свободное от внешнего принуждения и не связанное формальными предписаниями искание истины»¹⁰. Данная дефиниция не только не раскрывает всей многогранности понятия, но и ошибочна фактически. Формирование внутреннего убеждения не может быть за гранью внешних

факторов, которые всегда довлеют над личностью, не могут не оказывать влияние на психические процессы субъекта правоприменения.

Г.М. Резник, выступая с критикой приведенной позиции, указывает, что необходимо при раскрытии понятия внутреннего убеждения исходить из его специфического содержания, сочетания исторического и логического толкования уголовно-процессуального закона для более четкого и конкретного определения понятия внутреннего убеждения¹¹.

Из современных исследований необходимо отметить работу О.Е. Яцишиной, которая внутреннее убеждение определяет, как основанное на полученном и оцененном в установленном законом порядке знании об обстоятельствах уголовного дела, нормах нравственности и идеологии психологическое, эмоционально-интеллектуальное состояние независимого и самостоятельного субъекта познавательной деятельности, заключающееся в твердой и сознательной уверенности в сделанном, единственно правильном умозаключении и принятого на его основе решения, а также готовности осуществлять соответствующую деятельность по его реализации и отстаиванию в целях достижения задач уголовного судопроизводства¹².

Ценность данного определения заключается в его общности (возможности применения ко всем властным субъектам уголовного судопроизводства), оценки нравственных и идеологических факторов, учтены психологические особенности формирования убеждения, а также указано на твердую уверенность субъекта в принятии «единственно верного решения».

Процесс формирования внутренней убежденности судьи в верности предстоящего выбора в результате дискреции является многоэтапным, который можно рассматривать не только с психологической, логической стороны, но и с юридической. В юридическом смысле процесс формирования внутреннего убеждения

соотносится с особенностями законодательного регулирования той или иной стадии уголовного судопроизводства. Формирование убеждений с психологической стороны является эмоциональным переживанием, сопровождающимся переходом сомнений в уверенность, являющуюся неотъемлемым элементом любого убеждения.

Выбор решения в уголовном процессе в виду убежденности судьи в верности выбора, начинается с процесса формирования внутреннего убеждения. Началом же данного процесса является осмысление некой совокупности знаний по уголовному делу, поступательного движения знания в сознании судьи от момента формирования до момента его объективированного выражения.

Необходимо также осознавать, что в уголовном процессе выполняющий свои профессиональные обязанности правоприменитель имеет дело с рядом факторов, которые могут повлиять на формирование внутреннего убеждения. Так он ограничен во времени, испытывает дефицит информации и материальных ресурсов, подвержен множеству психологических воздействий, должен учитывать межличностные отношения в коллективе. Приведенные условия уголовно-процессуальной деятельности не представляют возможности для долгих и бесплодных сомнений¹³. От того насколько оперативно и профессионально справится судья с данными факторами, будет зависеть законность, справедливость и обоснованность вынесенного решения в ходе рассмотрения уголовного дела.

Таким образом, на основании проведенного исследования мы приходим к выводу: Необходимость категории внутреннего убеждения в рамках судейского усмотрения обуславливается тем, что судья обязан определить свое личностное отношение к полученному по делу знанию с точки зрения его достоверности или вероятности, и соотнести его с требованиями материального и процессуального закона. Убеждение – это

одновременно и знание судьи, и его отношение к этому знанию с позиции достаточности последнего для принятия решения по делу¹⁴.

По мнению П.А. Лупинской к объективным факторам процесса принятия уголовно-процессуального решения относятся: а) социально-политические условия, в которых действует система судопроизводства; б) законы теории познания; в) законы, определяющие задачи, цели, принципы деятельности, организацию и полномочия органов дознания, следователя, прокурора и суда; г) законы, регулирующие деятельность по расследованию, рассмотрению и разрешению дел. В числе личностных факторов перечислены: правосознание, социально-психологические условия труда, правовая психология, личные качества, необходимые для профессии, а также юридические знания и навыки, оценочные отношения к праву, правовые установки, ценностные ориентации¹⁵.

Соглашаясь П.А. Лупинской в части необходимости выделения ряда объективных факторов влияющих на принятие решения судьей, мы считаем необходимым несколько сузить данный перечень, остановившись на следующих элементах: аналогии закона и аналогии права, правоприменительная практика и государственная политика в области уголовного процесса, принципы законности и справедливости.

Аналогия закона и аналогия права чаще всего авторами относится к формам судебного усмотрения. Не выступая с критикой приведенной позиции, стоит указать, аналогия закона применяется судом непосредственно в ходе принятия того или иного решения, легитимизации неурегулированных правом отношений, посредством применения правовой нормы, регулирующей сходные отношения. Следовательно, аналогия скорее относится к элементам содержания, чем к форме. В то же время выделение аналогии права и закона в качестве существенного элемента судебного усмотрения не вполне оправдано¹⁶.

Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации не содержит ни запрета, ни предписания об использовании аналогии в области уголовно-процессуального права.

Так, например, в Уголовно-процессуальном Кодексе РФ, в отличие от ранее действовавшего законодательства (ст. 70 УПК РСФСР), нигде не сказано о том, что суд может истребовать предметы и документы. Подобное право по буквальному смыслу закона предоставлено лишь прокурору, следователю, органу дознания, дознавателю (ч. 4 ст. 21 УПК РФ) и адвокату (ч. 3 ст. 86 УПК РФ). В то же время, суд вправе проводить следственные и иные процессуальные действия (ч. 1 ст. 86 УПК РФ). Представляется, что по аналогии с ч. 4 ст. 21 УПК РФ суд также может делать и запросы о предоставлении ему необходимых сведений, обязательные для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами.

Аналогия в уголовном процессе явление неискоренимое, которое может конечно признаваться отрицательным, но объективно существует и необходимость в нем не отпадет. Детальная регламентация всех процессуальных действий приведет к тому, что закон станет излишне объемным, потеряет свою функциональность и динамичность.

В заключение обобщим итоги проведенного исследования. Из различных элементов содержания судейского усмотрения в уголовном процессе выстраивается целостная система. Уяснение содержания усмотрения судьи позволяет более детально представить процесс и последовательность его формирования. При анализе конкретных решений, принятых судьей в уголовном процессе в результате дискреции, можно установить момент допущения судьей ошибки, повлиявшей на вынесение необоснованного и незаконного итогового решения.

-
- ¹ Пискарев И.К. Вступительная статья к книге Папковой О.А. Усмотрение суда. М.: Статут. 2005. С. 1.
- ² См., например: Этика судьи. Пособие для судей / Под ред. Н.В. Радутной. М.: Российская Академия правосудия, 2002. С.52.
- ³ Конярова Ж.К. Усмотрение прокурора в уголовном процессе. Ижевск. 2005. С.72.
- ⁴ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. – М.: Юристъ, 2002. С.401.
- ⁵ См.: Синюков В.Н. Юридические факты и человеческое поведение // Методологические проблемы теории юридических фактов. - Ярославль, 1988. - С. 12.
- ⁶ Зинатуллин З.З. Российская уголовно-процессуальная наука на пороге XXI века (ретроспективный взгляд) // Российская академия юридических наук. - М.: «Юрист», 2001. - С. 100
- ⁷ См.: Кутюхин И.В. Юридические факты в механизме уголовно-процессуального регулирования: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 : Владивосток, 2004. С. 79.
- ⁸ См., например: Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств: Монография. - М.: Юридическая литература, 1977. – 117 с.
- ⁹ Папкова О.А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. С.35.
- ¹⁰ Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. М., 1967. С. 139.
- ¹¹ Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств: Монография. - М.: Юридическая литература, 1977. С. 17-18.
- ¹² Яцишина О.Е. Внутреннее убеждение как основание свободы оценки доказательств в российском уголовном процессе: Монография. – Челябинск: Издательство ООО «Полиграф-Мастер», 2006. С. 69.
- ¹³ Конярова Ж.К. Усмотрение прокурора в уголовном процессе: Монография. Ижевск: Детектив-информ, 2005. С.77.
- ¹⁴ Грошевой Ю.М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве: Монография. - Харьков.: Вища школа. 1975. С.119.
- ¹⁵ См.: Lupinskaya P.A. Resheniya v уголовном судопроизводстве... С. 42, 43, 57, 58.
- ¹⁶ См., например: Пашкевич П. Ф. Закон и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1982. № 1. С. 58.

**ОБ ИССЛЕДОВАНИИ СУДОМ ДАННЫХ О
ВИНОВНОСТИ ПОДОЗРЕВАЕМОГО (ОБВИНЯЕМОГО)
ПРИ САНКЦИОНИРОВАНИИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ
ПОД СТРАЖУ**

АДИЛЬШАЕВ Э.А.,

*следователь по особо важным делам специализированного
следственного отдела по комплексу «Байконур»
Следственного комитета при Прокуратуре РФ*

ШАМАРДИН А.А.,

*к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального
права и криминалистики,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

Ключевые слова: уголовный процесс, уголовное судопроизводство, судебное санкционирование, меры пресечения, заключение под стражу, фактические обстоятельства, доказательства, обоснованность подозрения, обоснованность обвинения, виновность лица в совершении преступления.

В статье рассматривается проблема исследования судом вопросов, связанных с обоснованностью подозрения или обвинения в совершении преступления, при избрании, продлении или отмене мер пресечения. Анализируются различные точки зрения, имеющиеся в науке

по данному вопросу, позиции Конституционного Суда РФ и Пленума Высшего Суда РФ, практика Европейского Суда по правам человека. Обосновывается авторский подход к решению данного вопроса и предлагается формулировка соответствующего изменения в текст УПК РФ.

Keywords: *criminal procedure, judicial authorization, the measure of restraint, detention, the facts, evidence, the validity of suspicion, the validity of the charges, guilty of committing a crime.*

The article discusses the problem of investigating the court issues with some of the suspected or accused of committing a crime in the election, extension or cancellation penalties. Different points of view available in the science on this issue, the position of the Constitutional Court and the Plenum of the Supreme Court of Russia, the European Court of Human Rights. Substantiates the author's approach to addressing this issue and the wording of the proposed changes to the text of the Code.

Говоря о пределах судебного санкционирования нельзя не затронуть проблему исследования судом вопросов, связанных с обоснованностью подозрения или обвинения в совершении преступления при избрании, продлении или отмене мер пресечения.

Как таковая дискуссия по этому поводу была начата еще в период введения института судебной проверки законности и обоснованности заключения под стражу. Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 9 Постановления от 27 апреля 1993 г. «О практике судебной проверки законности и обоснованности ареста или продления срока содержания под стражей» указал, что при проверке законности и обоснованности ареста

или продления срока содержания под стражей судья не вправе входить в обсуждение вопроса о виновности в совершении преступления лица, содержащегося под стражей»¹.

Данный вывод Пленума Верховного Суда широко обсуждался и получил различное толкование в среде ученых и практиков. Так, А. Жданов предложил вообще отказаться от изучения судом обоснованности избрания заключения под стражу: «Если вся процедура соблюдена ... то никакая целесообразность или обоснованность доводов лица, совершившего преступление, не должна приниматься во внимание»².

Ряд авторов заняли противоположную позицию. Н.А. Колоколов утверждает, что «уголовно-процессуальный закон должен во всех случаях предписывать судье, рассматривающему вопрос о необходимости заключения подозреваемого или обвиняемого под стражу, допросить его по обстоятельствам обвинения ... Если это положение не будет учтено при принятии нового УПК, то правовая защищенность личности в уголовном процессе только ухудшится, поскольку будут утрачены критерии обоснованности решения об аресте»³.

В свою очередь С.Х. Нафиев и А.Л. Васин, на основе анализа практики ЕСПЧ отмечают, что условие обоснованности подозрения является составной частью гарантии, изложенной в ст. 5 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и защищающей от необоснованного задержания и ареста, а наличие обоснованного подозрения подразумевает наличие фактов или информации, на основе которых у объективного наблюдателя сложилось бы убеждение, что данное лицо могло совершить преступление⁴.

Пленум Верховного Суда РФ в дальнейшем давал судам довольно противоречивые разъяснения по этому поводу. Так, в п. 14 Постановления от 10 октября 2003 г. №5 «О применении судами общей юрисдикции

общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» было указано, что «наличие обоснованного подозрения в том, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является необходимым условием для законности ареста». Затем Пленум принимает новое Постановление от 5 марта 2004 г. №1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», где в п. 4 прямо запрещает судье во время рассмотрения ходатайства о заключении под стражу входить в обсуждение вопроса о виновности лица в инкриминируемом ему преступлении. Оба указанных Постановления действуют до сих пор, соответствующие их положения не подвергались изменениям.

В Постановлении, принятом 29 октября 2009 г. Пленум вполне определенно указал, что «суду надлежит в каждом конкретном случае проверять обоснованность подозрения в причастности лица к совершенному преступлению. При этом следует иметь в виду, что обоснованное подозрение предполагает наличие достаточных данных о том, что соответствующее лицо могло совершить это преступление, в том числе указанных в статье 91 УПК РФ».

А.В. Смирнов и К.Б. Калиновский из сопоставления указанных позиций Пленума Верховного Суда РФ делают вывод о том, что «судье предлагается, не предрешая вопроса о виновности, выяснить, имеются ли у стороны обвинения доказательства, которые достаточны для серьезного предположения о совершении данным лицом преступления».

Однако, как следует из позиций Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека, речь идет только о выяснении судом *обоснованности подозрения, но не обвинения.*

«Как подчеркивал Европейский Суд по правам человека в своих решениях, требование того, чтобы подозрение формировалось на

разумных основаниях, при наличии фактов или информации, убеждающих объективного наблюдателя в том, что подозреваемый мог совершить преступление, является неотъемлемой частью гарантий от произвольного ареста или заключения под стражу (Постановления от 30 августа 1990 года по делу «Фокс, Кэмпбелл и Хартли против Соединенного Королевства», от 28 октября 1994 года по делу «Мюррей против Соединенного Королевства», от 19 мая 2004 года по делу «Гусинский против Российской Федерации», решение от 28 февраля 2002 года по вопросу приемлемости жалобы, поданной В.М. Лабзовым против Российской Федерации). Вместе с тем как в названных, так и в ряде других решений Европейский Суд по правам человека отмечал, что подпункт «с» пункта 1 статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, допускающий законный арест или задержание лица, не предполагает необходимость получения следственными органами достаточных доказательств для предъявления обвинений как во время ареста, так и в период пребывания арестованного под стражей; факты, обосновывающие подозрение при применении ареста, не обязательно должны обладать той же степенью убедительности, как и те, которые необходимы для предъявления обвинения - следующего этапа в процессе следствия по уголовному делу»⁵.

Действующий УПК⁶ следует именно этой логике, устанавливая, что обвинение предъявляется лицу отнюдь не в момент задержания, но лишь «при наличии достаточных доказательств».

Н.А. Колоколов в «Практическом пособии по применению Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», изданном под эгидой Верховного Суда РФ, пишет следующее: «Анализ положений ст. 108 УПК показывает, что избрание меры пресечения в виде заключения под стражу законодатель напрямую связывает как с

процессуальным статусом конкретного лица (подозреваемый, обвиняемый), так и с необходимостью наличия у суда достоверных данных, подтверждающих факт обоснованности его подозрения или обвинения в совершении предусмотренного законом уголовного деяния определенной тяжести. Это правило, апробированное временем. Чтобы не допустить ошибки, судья должен быть уверен, что вина доставленного к нему лица органами предварительного расследования доказана хотя бы по одному эпизоду, необходимые для этого доказательства в уголовном деле имеются, и органы предварительного расследования их не утратят. Принятие решения о заключении обвиняемого под стражу только на основании вменения лицу статьи обвинения недопустимо. Прежде чем принять решение о заключении обвиняемого под стражу, следует проверить правильность и обоснованность квалификации содеянного доставленным к судье лицом»⁷.

На наш взгляд - весьма спорные выводы. Проанализированная выше практика Европейского Суда по правам человека и разъяснения, данные Пленумом Верховного Суда основываются на различении понятий «обоснованность подозрения» и «обоснованность обвинения». При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу *суд обязан установить обоснованность подозрения*. Однако, необходимо иметь в виду, что при решении вопроса об обоснованности применения к обвиняемому меры пресечения *не требуется той же совокупности фактических данных, которая необходима для предъявления лицу обвинения* – т.е. доказательств, позволяющих установить все элементы так называемого главного факта (обстоятельств, раскрывающих уголовно-правовую характеристику деяния как преступления, его состав). Пределы доказывания для предъявления лицу обвинения и для избрания ему меры пресечения различны. По существу, данное различие аналогично

различиям в требованиях к обоснованности решения о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица и решения о предъявлении ему обвинения. О требованиях к обоснованности подозрения говорит и статья 223.1 УПК «Уведомление о подозрении в совершении преступления», указывая, что такое уведомление вручается лицу, когда «получены достаточные данные, дающие основание подозревать лицо в совершении преступления».

Отсюда, в случае, когда данная мера пресечения избирается в отношении обвиняемого, т.е. лица, в отношении которого имеются достаточные основания для обвинения его в совершении преступления, суд *не вправе требовать от следственных органов предоставления совокупности доказательств виновности лица и осуществлять их проверку и оценку*. Последнее является задачей более поздних этапов уголовного судопроизводства. В условиях действующей модели предварительного расследования иное означало бы нарушение дискреционной самостоятельности стороны обвинения в вопросах предъявления и поддержания уголовного иска и очевидное предрешение судом вопроса о виновности лица в рамках процедуры, имеющей совершенно иные задачи. *Обвинение как таковое и доказательства виновности лица в совершении преступления являются предметом разрешения дела по существу, а не рассмотрения ходатайства о заключении под стражу*.

Однако этот вывод не должен истолковываться как снижение процессуальных гарантий законности и обоснованности применения заключения под стражу в отношении обвиняемого. Совершенно очевидно, что судебная защита должна противостоять возможности заключения под стражу лиц в ситуации *явно* необоснованного подозрения. «Существование понятия «обоснованное подозрение» заранее

предполагает наличие фактов и сведений, способных убедить объективного наблюдателя в том, что лицо могло совершить правонарушение»⁸.

Таким образом, при разрешении вопроса об избрании меры пресечения суд в равной мере как в отношении подозреваемого, так и обвиняемого, обязан устанавливать наличие достаточных фактических данных, свидетельствующих о том, что соответствующее лицо *могло совершить данное преступление*, т.е. речь идет об установлении обоснованного предположения о совершении данным лицом преступления.

Однако при этом возникает *вопрос о характере фактических данных, необходимых для признания подозрения обоснованным*. Должны ли они отвечать требованиям, предъявляемым уголовно-процессуальным законом к доказательствам или ими могут выступать иные данные, к примеру, результаты оперативно-розыскных мероприятий? При решении этого вопроса ряд авторов полагают, что эти данные могут носить предположительный, вероятностный характер (П.И. Люблинский, Э.Ф. Куцова, А.Л. Цыпкин, Ю.Д. Лившиц), другие полагают, что при решении вопроса об избрании меры пресечения необходима совокупность доказательств (М.С. Строгович, Г.П. Ивлиев, В.А. Михайлов, И.Л. Петрухин, В.В. Смирнов)⁹.

Как уже было отмечено, проверка и оценка доказательств виновности лица в совершении преступления является предметом судебного разбирательства уголовного дела в суде первой инстанции, а обоснованность подозрения вовсе не равнозначна обоснованности обвинения. Вполне корректной является проведение аналогии между пределами доказывания необходимыми для возбуждения уголовного дела, задержания подозреваемого, заключения его под стражу и предъявления

обвинения. Совершенно очевидно, что они различны. Как и для возбуждения уголовного дела и задержания закон в данном случае совершенно обоснованно не требует именно уголовно-процессуальных доказательств в традиционном для советского процессуального концепта формализованном их понимании (единства фактического содержания и процессуальной формы) как одного из видов доказательств, перечисленных в ч. 2 ст. 74 УПК, т.е. показаний свидетелей, заключения экспертизы, вещественных доказательств и т.д.

Однако, изменения, внесенные в УПК Федеральным законом от 2 декабря 2008 г. №226-ФЗ¹⁰ могут вызвать сомнения в правильности данного вывода. Напомним, что часть первая ст. 108 данным законом была дополнена новым третьим предложением и теперь содержание анализируемой нормы выглядит следующим образом: «При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Такими обстоятельствами не могут являться данные, не проверенные в ходе судебного заседания, в частности результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требований статьи 89 настоящего Кодекса». Т.е., с одной стороны законодатель по-прежнему использует термин «фактические данные», а не «доказательства», но, вместе с тем, отсылает на весьма спорную и противоречивую норму, закрепленную ст. 89 УПК («В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности¹¹, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом»). Воздерживаясь от обсуждения вопроса о возможности использования в доказывании результатов ОРД, отметим, что, на наш взгляд, ключевой в данном законодательном изменении

является фраза «не проверенные в ходе судебного заседания». Думается, что речь идет о том, что любая информация, с помощью которой сторона обвинения обосновывает ходатайство о заключении под стражу, не может быть принята судом без ее проверки. Такие сведения, фактические данные, будучи исследованы, проверены и оценены в ходе состязательной судебной процедуры, урегулированной ст. 108 УПК приобретают статус *судебных доказательств*. Это равным образом относится и к результатам ОРД, которые таким путем получают процессуальную легализацию.

А.В. Смирнов и К.Б. Калиновский справедливо пишут, что «Для заключения лица под стражу необходимы доказательства, которые ведут к однозначному логическому выводу о виновности обвиняемого, пока их не оспорит сторона защиты. Это то, что в английском процессе называют *prima facie evidence* - доказательства, убедительные на первый взгляд»¹². Очевидно, что в понятие доказательств в данном контексте вкладывается несколько иной смысл, чем тот, который традиционно использовался в советской процессуальной доктрине.

Отсюда любые материалы, позволяющие сделать вывод о возможной причастности лица к совершению преступления, полученные законным путем, в т.ч. результаты оперативно-розыскных мероприятий, могут использоваться при принятии судом решения о заключении под стражу. Подчеркнем, что не могут использоваться для решения этого вопроса сведения, полученные с нарушением закона в самом широком смысле этого слова, в т.ч. оперативные материалы, полученные с нарушением норм Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»¹³, Конституции РФ. Именно такой смысл заложен, на наш взгляд в норму ч. 1 ст. 108, устанавливающую запрет на использование результатов ОРД, представленных «в нарушение требований статьи 89 настоящего Кодекса».

Указанные выше разъяснения, содержащиеся в Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ и решениях Конституционного Суда РФ по рассматриваемой проблеме, потенциально могут получить весьма различное толкование, что не способствуют единообразному и точному применению уголовно-процессуального закона на практике. Данный вопрос должен быть разрешен на законодательном уровне. С этой целью предлагаем изменить ч. 1 ст. 108 УПК, дополнив ее абзацем вторым следующего содержания: *«Решение о заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу может быть принято судом лишь при условии наличия фактических данных, дающих основание для обоснованного предположения о совершении данным лицом преступления».*

Подчеркнем, что данное правило ввиду распространения процедуры применения заключения под стражу на применение залога и домашнего ареста должно равным образом распространяться и на данные меры пресечения. Судья, установив отсутствие в материалах, представленных вместе с ходатайством о применении меры пресечения, фактических данных, дающих основание полагать, что подозреваемый или обвиняемый могли совершить данное преступление, должен отказать в ее избрании независимо от вида меры пресечения.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. №7.

² Жданов А. Законность или обоснованность ареста? // Российская юстиция. 1999. №1. С. 12.

³ Колоколов Н.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования преступлений: важная функция судебной власти (проблемы осуществления в условиях правовой реформы): Дисс... канд. юрид. наук. – М., 1998. С. 150.

⁴ См. Нафиев С.Х., Васин А.Л. Европейские стандарты обеспечения конституционных прав личности при расследовании преступлений. - Казань, 1998. С. 50-53.

⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 12.07.2005 №330-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мошниина Игоря Александровича на нарушение его конституционных прав статьей 108 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации [Электронный документ]: Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс». Консультант-плюс: Версия Проф. / Документ официально опубликован не был.

-
- ⁶ Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ с последующ. изм. и доп. [Электронный ресурс]: Федеральный закон от 18 декабря 2001 г. №174-ФЗ (ред. от 07.04.2010). – Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс». Консультант-плюс: Версия Проф. / Первоначальный текст документа опубликован: Российская газета. 2001. 22 декабря.
- ⁷ Судебное производство в уголовном процессе Российской Федерации: практическое пособие по применению Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации / С.А. Ворожцов, В.А. Давыдов, В.В. Дорошков и др. / Под общ. ред. А.И. Карпова. - М.: Юрайт, 2008. С.9-10.
- ⁸ Судебное производство в уголовном процессе Российской Федерации. С. 10.
- ⁹ См.: Воронцова Н. Основания применения мер пресечения по новому УПК // Российский следователь. 2002. №9. С. 31.
- ¹⁰ Федеральный закон от 2 декабря 2008 г. №226-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. 2008. 5 декабря.
- ¹¹ Далее – ОРД.
- ¹² Смирнов А.В. , Калиновский К.Б. Указ. соч. С. 140.
- ¹³ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. №144-ФЗ (ред. на 01.01.2010) [Электронный ресурс]: Доступ из справ.- правовой системы «Консультант-Плюс». Консультант-плюс: Версия Проф. / Первоначальный текст документа опубликован: Российская газета. 1995. 18 августа.

К ВОПРОСУ О ПРЕДЕЛАХ АПЕЛЛЯЦИОННОГО СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

ШМЕЛЕВА Е.С.,

*преподаватель кафедры уголовно-процессуального права и
криминалистики,*

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: постановление Пленума Верховного Суда РФ; назначение уголовного судопроизводства; нарушение уголовно-процессуального закона; акт правосудия; ревизионное начало проверки; принцип состязательности; диспозитивное начало уголовного процесса; реквизиты апелляционной жалобы (представления).

В статье излагается позиция автора относительно регламентации Верховным Судом РФ пределов апелляционной судебной проверки по УПК РФ.

Key words: rulings of the Plenum of Supreme Court of the Russian Federation, purpose of criminal procedure, violation of criminal procedural law, administered justice, revisory origin of review, doctrine of contentiousness, permissive origin of criminal procedure, essential elements of petition of appeal (filing petition)

The article represents the author's approach concerning the regulatory activity of the Supreme Court of the Russian Federation with regard to confines of appellate judicial review in accordance with the RF Code of Criminal Procedure.

Пределы рассмотрения уголовного дела судом апелляционной инстанции обозначены в ч. 2 ст. 360 УПК: «Суд, рассматривающий уголовное дело в апелляционном... порядке, проверяет законность, обоснованность и справедливость судебного решения лишь в той части, в которой оно обжаловано. Если при рассмотрении уголовного дела будут установлены обстоятельства, которые касаются интересов других лиц, осужденных или оправданных по этому же уголовному делу и в отношении которых жалоба или представление не были поданы, то уголовное дело должно быть проверено и в отношении этих лиц. При этом не может быть допущено ухудшение их положения».

Так, в 2005 г. в Белгородской области имел место случай, когда осужденный гр. М. обжаловал в апелляционном порядке приговор мирового судьи в части назначения ему наказания. Апелляционная инстанция изменила приговор мирового судьи, исключив из него указание на обстоятельство, смягчающее наказание. Ссылаясь на ст. 360 УПК, кассационная инстанция указала на недопустимость подобного действия.¹

Вопрос о пределах апелляционного (кассационного) рассмотрения до сих пор остается предметом острой дискуссии ученых-процессуалистов.

Нам представляется, что в данном случае возможно вести речь о пределах действия апелляционного (кассационного) суда, с одной стороны, в отношении лиц, а с другой, - проверяемой части (объема) судебного решения. Расширение законодателем² пределов проверки за счет включения в них «...лиц, осужденных или оправданных по этому же уголовному делу и в отношении которых жалоба или представление не были поданы...», при условии недопущения ухудшения их положения (ч. 2 ст. 360 УПК), нам представляется логичным. Расширение же границ проверочных действий в части объема обжалуемого акта правосудия, допущенное Верховным Судом РФ, вызывает некоторое опасение. Как видится, законодатель полностью исключил ревизионное начало проверки, закрепляя, что «суд, рассматривающий уголовное дело в апелляционном или кассационном

порядке, проверяет законность, обоснованность и справедливость судебного решения лишь в той части, в которой оно обжаловано» (ч. 2 ст. 360 УПК). Думается, что высший суд общей юрисдикции слишком широко трактовал данное предписание, по сути, создав новую норму уголовно-процессуального права: «В соответствии с положениями части 2 статьи 360 УПК РФ во взаимосвязи с положениями статьи 6 УПК РФ суды апелляционной и кассационной инстанций **вправе выйти за пределы апелляционных (кассационных) жалобы или представления и проверить производство по уголовному делу в полном объеме**, если этим не будет допущено ухудшение положения осужденного, оправданного, лица, уголовное дело в отношении которого прекращено³, поскольку неисправление судебной ошибки искажало бы саму суть правосудия и смысл приговора как акта правосудия»⁴.

Частным случаем проявления возможности выхода вышестоящим судом за пределы требований сторон, как видится, является ситуация, указанная в п. 15 соответствующего постановления: «Установив наличие нарушений уголовно-процессуального закона, влекущих отмену обвинительного приговора, суд кассационной инстанции обязан отменить такой приговор в отношении всех осужденных, которых касаются допущенные нарушения, независимо от того, кто из них подал жалобу и в отношении кого принесено кассационное представление. Это требование должно соблюдаться как при установлении наличия нарушений, перечисленных в части 2 статьи 381 УПК РФ, так и при обнаружении иного нарушения норм уголовно-процессуального закона, если оно путем лишения или стеснения гарантированных законом прав обвиняемого, подсудимого и других участников процесса или иным путем повлияло либо могло повлиять на постановление законного, обоснованного и справедливого приговора».⁵ Опираясь на постулат об идентичности апелляционных и кассационных оснований отмены (изменения) судебных решений (ст.ст. 369, 379 УПК), полагаем, что и суд апелляционной инстанции, по сути, должен будет

отменить обвинительный приговор в отношении всех осужденных в случае самостоятельного, независимо от указания в жалобе (представлении), установления предусмотренных ст. 381 УПК нарушений норм Кодекса.

По нашему мнению, данная позиция Верховного Суда РФ является шагом назад, воссоздавшим присущее советской системе (ст. 332 УПК РСФСР 1960 г.) ревизионное начало проверки. «Не состыкуется» она и с диспозитивным началом уголовного процесса, умалять значение которого на современном этапе развития отрасли уголовно-процессуального права просто невозможно, а также принципом состязательности сторон (ст. 15 УПК). Кроме того, теряет смысл и требование законодателя о составлении апелляционной (кассационной) жалобы (представления) с обязательным включением в нее определенных реквизитов (ч. 1 ст. 363, ч. 1 ст. 375 УПК).

В этой связи нам представляется, что положения п.п. 11 и 15 указанного Постановления должны быть пересмотрены Верховным Судом РФ, как свидетельствующие о выходе им за пределы своих полномочий: Пленум слишком широко толковал уголовно-процессуальный закон в части регламентации в нем пределов действия апелляционной (кассационной) судебной инстанции в отношении части (объема) судебного решения (п. 11) и в отношении лиц (осужденных) (п. 15).

¹ См.: Информационный бюллетень Белгородского областного суда. – 2005. – №12.

² См.: О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21 июня 2003 г.: одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 26 июня 2003 г. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³ Нам представляется правильным вести речь о прекращении в отношении лица уголовного **преследования**.

⁴ О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций (п. 11) [Электронный ресурс]: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 23 дек. 2008 г. № 28. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций (п. 15) [Электронный ресурс]: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 23 дек. 2008 г. № 28. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ПОНЯТИЕ СПЕЦИАЛЬНОГО СУБЪЕКТА ПРЕСТУПЛЕНИЙ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ В ГЛ. 23 УК РФ

ШНИТЕНКОВ А.В.,

д.ю.н., доцент, профессор кафедры уголовного права

и криминологии,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: *лицо, выполняющее управленческие функции, организационно-распорядительные функции, административно-хозяйственные функции, коммерческие организации, некоммерческие организации.*

В научной статье рассматриваются признаки специального субъекта преступлений против интересов службы в коммерческих и иных организациях и раскрываются особенности его уголовного преследования.

Key Words: *an individual carrying on administrative functions, organization-regulatory functions, executive functions, profit-making organization, non-profit organization.*

The article deals with characteristic features of a special subject of crimes against service interests in commercial and other organizations, and then particularizes characteristics associated with their criminal prosecution.

Специальным субъектом преступлений против интересов службы в коммерческих и иных организациях (гл. 23 УК РФ) является лицо, выполняющее управленческие функции в таких организациях. Его

определение содержится в примечании 1 к ст. 201 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ).

Субъектом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, во-первых, может быть признано *лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа, члена совета директоров или иного коллегиального исполнительного органа*. В соответствии с п. 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 октября 2009 г. № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»¹ (далее – Постановление № 19) к ним относятся, например, директор, генеральный директор, член правления акционерного общества, председатель производственного кооператива и т.п. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 103 «Управление в акционерном обществе» Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) исполнительный орган общества может быть коллегиальным (правление, дирекция) и (или) единоличным (директор, генеральный директор). Он осуществляет текущее руководство деятельностью общества и подотчетен совету директоров (наблюдательному совету) и общему собранию акционеров. К компетенции исполнительного органа общества относится решение всех вопросов, не составляющих исключительную компетенцию других органов управления обществом, определенную законом или уставом общества. По решению общего собрания акционеров полномочия исполнительного органа общества могут быть переданы по договору другой коммерческой организации или индивидуальному предпринимателю (управляющему). Кроме того, в ст. 11 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» четко указано, что в Уставе общества должны содержаться, в частности, сведения о структуре и компетенции органов управления общества и порядке принятия ими решений.²

Например, в п. 58 Устава ОАО «Российские железные дороги»³ сказано, что органами управления общества являются: общее собрание

акционеров; совет директоров общества; президент общества; правление общества, а в последующих пунктах этого документа детально раскрываются полномочия каждого из названных органов.

Лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческой или иной организации, в ряду других служащих выделяет характер осуществляемых ими полномочий. Такие лица должны быть наделены организационно-распорядительными или административно-хозяйственными полномочиями.

Для уяснения особенностей названных функций следует обратиться к п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. № 6 «О судебной практике по делам о взятничестве и коммерческом подкупе»⁴ (далее – Постановление № 6) и пп. 4, 5 Постановления № 19.

Под организационно-распорядительными функциями следует понимать такие полномочия управленца, которые связаны с руководством трудовым коллективом коммерческой или иной организации, либо находящимися в его служебном подчинении отдельными работниками, с формированием кадрового состава и определением трудовых функций работников, с организацией порядка прохождения службы, применения мер поощрения или награждения, наложения дисциплинарных взысканий и т.п.

Таким образом, данными полномочиями наделяются лица, имеющие в своем подчинении работников. Ими являются, в частности, руководитель организации (управляющий, директор, президент, генеральный директор и т.д.), его заместители, руководители структурных подразделений организации (например, начальник юридического отдела и т.д.) и другие.

Административно-хозяйственные функции характеризуются наличием полномочий по управлению и распоряжению имуществом и (или) денежными средствами, находящимися на балансе и (или) банковских счетах организаций, а также по совершению иных действий (например, по принятию решений о начислении заработной платы, премий, осуществлению

контроля за движением материальных ценностей, определению порядка их хранения, учета и контроля за их расходом).

При привлечении к уголовной ответственности рассматриваемого специального субъекта преступления должны быть установлены круг его полномочий, их относимость к организационно-распорядительным и административно-хозяйственным функциям, какими конкретно из них он злоупотребил при осуществлении своей деятельности. Для этого необходимо обратиться к положениям тех нормативных актов, в соответствии с которыми лицо наделяется компетенцией по выполнению управленческих функций.

В п. 22 Постановления № 19 обоснованно подчеркивается, что «при рассмотрении уголовных дел о преступлениях, предусмотренных статьей 285 УК РФ или статьей 286 УК РФ, судам надлежит выяснять, какими нормативными правовыми актами, а также иными документами установлены права и обязанности обвиняемого должностного лица, с приведением их в приговоре и указывать, злоупотребление какими из этих прав и обязанностей или превышение каких из них вменяется ему в вину, со ссылкой на конкретные нормы (статью, часть, пункт). При отсутствии в обвинительном заключении или обвинительном акте указанных данных, восполнить которые в судебном заседании не представляется возможным, уголовное дело подлежит возвращению прокурору в порядке статьи 237 УПК РФ для устранения препятствий его рассмотрения судом». Это разъяснение можно распространить на порядок судопроизводства по уголовным делам о злоупотреблении полномочиями.

Перечисленные выше управленческие функции могут выполняться постоянно, временно или по специальному полномочию. Временное выполнение обязанностей означает, что их осуществление ограничено непродолжительным периодом, например, болезнью, командировкой, отпуском руководителя организации. Исходя из трактовки Пленумом Верховного Суда РФ выполнения функций должностного лица по специальному полномочию,⁵ можно сделать вывод о том, что

организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции могут осуществляться по одноименному полномочию на основании закона, нормативного акта, приказа или распоряжения вышестоящего руководителя организации, судебного решения (например, арбитражный управляющий, утверждаемый арбитражным судом для проведения процедур банкротства и осуществления иных установленных Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁶ полномочий и являющийся членом одной из саморегулируемых организаций).

При этом важно учитывать, что при временном или по специальному полномочию исполнении соответствующих функций лицо может быть признано рассматриваемым специальным субъектом лишь в период осуществления возложенных на него правомочий.

Такой субъект несет уголовную ответственность даже в том случае, если он был назначен на соответствующую должность с нарушением требований, предъявляемых законом или иными нормативными правовыми актами, к кандидату на эту должность (например, при отсутствии диплома о высшем профессиональном образовании, необходимого стажа работы и т.п.).

При уяснении особенностей характера правомочий, выполняемых лицом, злоупотребившим полномочиями, необходимо иметь в виду, что законодатель ограничивает их перечень организационно-распорядительными и административно-хозяйственными функциями, который не подлежит расширительному толкованию. В этой связи важно правильно отграничивать названные обязанности от профессиональных функций служащего. Таким образом, субъектом данного преступления не могут быть признаны лица, выполняющие в организациях профессиональные или технические обязанности, которые не относятся к организационно-распорядительным или административно-хозяйственным функциям. Право совершать по службе юридически значимые действия, т.е. способные породить, изменить или прекращать правовые отношения, само по себе не является свидетельством

выполнения названных обязанностей. Совершение юридически значимых действий – признак, который характеризует деятельность любого служащего организации. Поэтому не являются субъектами преступлений против интересов службы в коммерческих и иных организациях, например, медицинские работники (врач при установлении диагноза заболевания, проведении операции), преподаватели учебных заведений (при проведении занятий с обучаемыми), исполняющие свои профессиональные обязанности. Только в случае наделения их организационно-распорядительными или административно-хозяйственными функциями они могут являться субъектами преступлений против интересов службы (например, главный врач, его заместители, директор негосударственного и немunicipального учреждения образования и т.д.).

Третья составляющая уголовно-правового статуса субъекта злоупотребления полномочиями – место выполнения организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций. В примечании 1 к ст. 201 УК РФ указано, что названные функции могут выполняться в коммерческой организации или иной организации, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением.

В соответствии с ч. 1 ст. 50 ГК РФ коммерческие организации – это такие организации, которые преследуют извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности. Они могут создаваться в следующих организационно-правовых формах: хозяйственные товарищества (полное товарищество, товарищество на вере), хозяйственные общества (открытые и закрытые акционерные общества, общества с ограниченной или дополнительной ответственностью), производственные кооперативы (артели), государственные и муниципальные унитарные предприятия. На последнюю их разновидность необходимо обратить особое внимание. Несмотря на то, что имущество государственного или муниципального

унитарного предприятия принадлежит на праве собственности РФ, субъекту РФ или муниципальному образованию, такие предприятия являются коммерческими организациями (ч.2 ст. 113 ГК РФ, ст. 2 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161–ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»⁷).

Некоммерческие организации не имеют извлечение прибыли в качестве основной цели и не распределяют полученную прибыль между участниками (ч.1 ст. 50 ГК РФ). В ч. 3 ст. 50 ГК РФ указывается, что такие организации могут создаваться в форме потребительских кооперативов, общественных или религиозных организаций (объединений), финансируемых собственником учреждений, благотворительных и иных фондов, а также в других формах, предусмотренных законом. Здесь же отмечается, что некоммерческие организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям.

«Потребительским кооперативом признается добровольное объединение граждан и юридических лиц на основе членства с целью удовлетворения материальных и иных потребностей участников, осуществляемое путем объединения его членами имущественных паевых взносов» (ч. 1 ст. 116 ГК РФ). Например, в п. 1 ст. 2 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 215–ФЗ «О жилищных накопительных кооперативах» указывается, что жилищный накопительный кооператив – потребительский кооператив, созданный как добровольное объединение граждан на основе членства в целях удовлетворения потребностей членов кооператива в жилых помещениях путем объединения членами кооператива паевых взносов.⁸

«Общественными и религиозными организациями (объединениями) признаются добровольные объединения граждан, в установленном законом порядке объединившихся на основе общности их интересов для удовлетворения духовных или иных нематериальных потребностей» (ч. 1 ст.

117 ГК РФ, ст. 6 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7–ФЗ «О некоммерческих организациях»⁹).

В соответствии со ст. 7 Федерального закона от 19 мая 1995 г. № 82–ФЗ «Об общественных объединениях»¹⁰ такие объединения могут создаваться в формах общественной организации (ст. 8), общественного движения (ст.9), общественного фонда (ст. 10), общественного учреждения (ст. 11), органа общественной самодеятельности (ст.12) и политической партии (ст. 12²). Примером общественной организации является национально-культурная автономия – форма национально-культурного самоопределения, представляющая собой объединение граждан РФ, относящих себя к определенной этнической общности, находящейся в ситуации национального меньшинства на соответствующей территории, на основе их добровольной самоорганизации в целях самостоятельного решения вопросов сохранения самобытности, развития языка, образования, национальной культуры.¹¹

Религиозным объединением признается добровольное объединение граждан РФ, иных лиц, постоянно и на законных основаниях проживающих на территории РФ, образованное в целях совместного исповедания и распространения веры и обладающее соответствующими этой цели признаками: вероисповедание; совершение богослужений, других религиозных обрядов и церемоний; обучение религии и религиозное воспитание своих последователей. Религиозные объединения могут создаваться в форме религиозных групп и религиозных организаций (чч. 1, 2 ст. 6 Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125–ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»¹²). Религиозные группы осуществляют свою деятельность без государственной регистрации и приобретения правоспособности юридического лица. Помещения и необходимое для деятельности религиозной группы имущество предоставляются в пользование группы ее участниками (ст. 7). Религиозная организация должна быть в установленном порядке зарегистрирована в

качестве юридического лица. Такие организации подразделяются на местные и централизованные (ст. 8). Религиозная организация действует на основании устава, который, в частности должен содержать сведения о структуре организации, ее органах управления, порядке их формирования и компетенции (ст. 10).

Учреждение – это организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера и финансируемая им полностью или частично (ч. 1 ст. 120 ГК РФ, ч. 1 ст. 9 Федерального закона «О некоммерческих организациях»). Важно подчеркнуть, что собственником учреждения могут являться государство (например, Российская государственная библиотека¹³), муниципальное образование (например, школы, учреждения здравоохранения и т.д.), акционерные общества и т.д. При этом лица, выполняющие управленческие функции в государственных или муниципальных учреждениях, признаются должностными и являются субъектами преступлений, предусмотренных в гл. 30 УК РФ (примечание 1 к ст. 285 УК РФ). Этот вывод следует и из примечания 1 к ст. 201 УК РФ, в котором законодатель указывает, что местом осуществления управленческих функций не могут быть государственный орган, орган местного самоуправления, государственное или муниципальное учреждение.

Фонд – еще одна разновидность некоммерческих организаций. Он может быть благотворительным или иным. Вместе с тем не всегда указание на фонд, присутствующее в названии организации, однозначно свидетельствует о том, что он является некоммерческой организацией. Так, в ст. 5 Федерального закона от 15 декабря 2001 г. № 167–ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации», определяется, что Пенсионный фонд России – это государственное учреждение.¹⁴ В соответствии со ст. 2 раздела I Положения «О Фонде социального страхования Российской Федерации» он является специализированным финансово-кредитным учреждением при Правительстве РФ. Денежные

средства и иное имущество, находящееся в оперативном управлении Фонда, а также имущество, закрепленное за подведомственными Фонду санаторно-курортными учреждениями, являются федеральной собственностью.¹⁵ Федеральный фонд обязательного медицинского страхования (ФОМС) – самостоятельное государственное некоммерческое финансово-кредитное учреждение (п. 3 раздела I устава Федерального фонда обязательного медицинского страхования).¹⁶ Отсюда следует, что лица, осуществляющие в таких фондах управленческие функции, не могут быть субъектами преступлений, предусмотренных в гл. 23 УК РФ.

В ч. 3 ст. 2 Федерального закона «О некоммерческих организациях» дополнительно закрепляется, что они могут создаваться в форме казачьих обществ, некоммерческих партнерств, автономных некоммерческих организаций, социальных фондов, ассоциаций и союзов, а также в других формах, предусмотренных федеральными законами. Таким образом, и в этом законе не указан исчерпывающий перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций. Например, в соответствии с ч. 2 ст. 22 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63–ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» коллегия адвокатов также является некоммерческой организацией.¹⁷

На основании ч. 4 ст. 50, ч.ч. 1 и 2 ст. 121 ГК РФ допускается создание объединений коммерческих и (или) некоммерческих организаций в форме ассоциаций и союзов.

В ст. 52 ГК РФ предусматривается, что коммерческие и некоммерческие организации, являющиеся юридическими лицами, действуют на основании устава, либо учредительного договора и устава, либо только учредительного договора. При этом в таких учредительных документах должен определяться, в частности порядок управления деятельностью юридического лица.

-
- ¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. - 2009. - № 12.
- ² Собрание законодательства РФ. - 1996. - № 1. - Ст. 1; 1999. - № 22. - Ст. 2672; 2001. - № 33. - (Ч. I). - Ст. 3423; 2002. - № 45. - Ст. 4436; 2004. - № 11. - Ст. 913; 2006. - № 1. - Ст. 19; 2007. - № 49. - Ст. 6079; 2009. - № 1. - Ст. 23; 2009. - № 52. - (Ч. I). - Ст. 6428.
- ³ Утвержден постановлением Правительства РФ от 18.09.2003 № 585 «О создании открытого акционерного общества «Российские железные дороги» // Собрание законодательства РФ. - 2003. - № 39. - Ст. 3766.
- ⁴ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. - 2000. - № 4.
- ⁵ См.: п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе».
- ⁶ Собрание законодательства РФ. - 2002. - № 43. - Ст. 4190; 2004. - № 35. - Ст. 3607; 2005. - № 1 (Ч. I). - Ст. 18; № 1 (Ч. I). - Ст. 46; № 44. - Ст. 4471.
- ⁷ Собрание законодательства РФ. - 2002. - № 48. - Ст. 4746; 2003. - № 50. - Ст. 4855; 2006. - № 52. - (Ч. I). - Ст. 5497; 2007. - № 49. - Ст. 6079.
- ⁸ Собрание законодательства РФ. - 2005. - № 1 (Ч. I). - Ст. 41.
- ⁹ Собрание законодательства РФ. - 1996. - № 3. - Ст. 145; 1998. - № 48. - Ст. 5849; 1999. - № 28. - Ст. 3473; 2002. - № 12. - Ст. 1093; № 52 (Ч. II). - Ст. 5141; 2003. - № 52 (Ч. I). - Ст. 5031.
- ¹⁰ Собрание законодательства РФ. - 1995. - № 21. - Ст. 1930; 1997. - № 20. - Ст. 2231; 1998. - № 30. - Ст. 3608; 2002. - № 11. - Ст. 1018; № 12. - Ст. 1093; 2003. - № 50. - Ст. 4855; 2004. - № 27. - Ст. 2711; № 45. - Ст. 4377.
- ¹¹ См.: Ст. 1 Федерального закона от 17.06.1996 № 74-ФЗ «О национально-культурной автономии» // Собрание законодательства РФ. - 1996. - № 25. - Ст. 2965; 2002. - № 12. - Ст. 1093; 2003. - № 46 (Ч. I). - Ст. 4432; 2004. - № 27. - Ст. 2711; № 35. - Ст. 3607; 2005. - № 49. - Ст. 5124.
- ¹² Собрание законодательства РФ. - 1997. - № 39. - Ст. 4465; 2000. - № 14. - Ст. 1430; 2002. - № 12. - Ст. 1093; № 30. - Ст. 3029; 2003. - № 50. - Ст. 4855; 2004. - № 27. - Ст. 2711.
- ¹³ См.: Постановление Правительства РФ от 23.03.2001 № 227 «Об утверждении устава федерального государственного учреждения "Российская государственная библиотека» // Собрание законодательства РФ. - 2001. - № 14. - Ст. 1363; 2002. - № 52 (Ч. II). - Ст. 5225; 2005. - № 32. - Ст. 3305.
- ¹⁴ Российская газета. - 2001. - 20 дек.
- ¹⁵ Утверждено постановлением Правительства РФ от 12.02.94 № 101 // Собрание актов Президента и Правительства РФ. - 1994. - № 8. - Ст. 599; Собрание законодательства РФ. - 1995. - № 31. - Ст. 3131; 1996. - № 9. - Ст. 809; 1997. - № 1. - Ст. 174; № 48. - Ст. 5555; 1999. - № 52. - Ст. 6417; 2002. - № 30. - Ст. 3044; 2005. - № 32. - Ст. 3324.
- ¹⁶ См.: Постановление Правительства РФ от 29.07.98 № 857 "Об утверждении устава Федерального фонда обязательного медицинского страхования" // Собрание законодательства РФ. - 1998. - № 32. - Ст. 3902; 2004. - № 51. - Ст. 5206.
- ¹⁷ См.: Собрание законодательства РФ. - 2002 - № 23. - Ст. 2102; 2003. - № 44. - Ст. 4262; 2004. - 35. - Ст. 3607; № 52 (Ч. I). - Ст. 5267.

ВОПРОСЫ ЗЕМЕЛЬНОЙ РЕФОРМЫ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО, БЮДЖЕТНОГО И НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

ПРАВОВЫЕ МЕРЫ ОХРАНЫ ВОДНЫХ ОБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

АРХИПКИН С.В.,

*к.ю.н., доцент кафедры аграрного и экологического права,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

Ключевые слова: водный объект; правовая охрана водных объектов; водоохранная зона; государственный контроль за охраной и использованием водных объектов; юридическая ответственность за водные правонарушения.

В работе анализируется экологическое состояние водных объектов в Российской Федерации, в том числе Оренбургской области, анализ основных правовых мер охраны и ответственности за нарушение водного законодательства.

Key words: *water body, water body safeguard, water protection zone, government control over keeping and usage of water bodies, legal responsibility for water law violations.*

The article deals with ecological state of water bodies in the Russian Federation including but not limited to Orenburg region. The author carries out analysis of principal legal measures of protection and responsibility for water law violations.

Вода - незаменимое природное богатство, выполняющее особую экологическую функцию. Важнейшее свойство воды - ее непрерывный круговорот, связывающий воедино все части гидросферы образующий в целом замкнутую экологическую систему: водные объекты – атмосфера - суша. Климат и погода на Земле во многом определяются наличием водных пространств и содержанием водяного пара в атмосфере.

В настоящее время состояние двух третей водных источников России не отвечает санитарным нормам. Основные реки - Волга, Дон, Кубань, Обь, Енисей, Лена, Печора - оцениваются как загрязненные, их крупные притоки - Ока, Кама, Тотьма, Иртыш, Тобол, Миасс - являются сильно загрязненными. К этой же категории относится и река Урал.

Нарастают процессы деградации поверхностных водных объектов за счет сбросов в них загрязненных сточных вод предприятиями и объектами жилищно-коммунального хозяйства, нефтехимической, нефтяной, газовой, угольной, лесной, деревообрабатывающей и целлюлозно-бумажной промышленности, а также черной и цветной металлургии, сброса коллекторно-дренажных вод с орошаемых земель, загрязненных ядохимикатами и пестицидами.

Произошедшая 17 августа 2009 года техногенная авария на Саяно-Шушенской ГЭС указала нам на еще один источник загрязнения водных объектов, которая могла повлечь самую крупную экологическую катастрофу

на реке Енисей в Красноярском крае, так как, из одного из поврежденных агрегатов ГЭС вытекло трансформаторное масло, и площадь масляного пятна составило 25 квадратных километров¹.

Продолжается истощение водных ресурсов рек под влиянием хозяйственной деятельности. Практически исчерпаны возможности безвозвратного водозабора в бассейнах рек Кубань, Дон, Терек, Миасс, в том числе и нашего Урала, о чем было сказано на встречи президентов Российской Федерации Медведева и Республики Казахстан Назарбаева на встречи в г. Оренбурге.²

Неблагополучным является состояние малых рек, особенно в зонах крупных промышленных центров. Значительный ущерб малым рекам наносится в сельской местности из-за нарушения особого режима хозяйственной деятельности в водоохранных зонах приводящих к загрязнению рек, а также смыву почв в результате водной эрозии. Для Оренбургской области это, прежде всего, относится к рекам - Сакмара, Чаган, Илек.

В Российской Федерации выявлено более 1200 очагов загрязнения подземных вод, из которых около 90 % расположено в Европейской части. Наиболее интенсивное загрязнение подземных вод наблюдается в Нижегородской, Ростовской, Саратовской, Самарской, Оренбургской, Кемеровской областях, Ставропольском, Краснодарском и Красноярском краях.

В целом около половины населения России вынуждено использовать питьевую воду, не соответствующую в той или иной степени гигиеническим требованиям по ряду показателей и нередко представляющую угрозу для здоровья. Главной причиной такого положения является загрязнение водоисточников.

На территории России насчитывается около шестидесяти тысяч централизованных водопроводов, из них около 15 процентов не отвечает необходимым санитарным требованиям из-за отсутствия зон санитарной

охраны, комплексов очистных сооружений и обеззараживающих установок. Около трети населения страны использует для питьевого водоснабжения воду децентрализованных источников, где каждая третья исследуемая проба воды является недоброкачественной по химическим и микробиологическим показателям. В настоящее время прослеживается тенденция к снижению санитарной надежности подземных источников централизованного хозяйственного водоснабжения. Повышенный уровень бактериального загрязнения питьевой воды обуславливает рост числа вспышек острых кишечных инфекционных заболеваний. Весьма неблагоприятная ситуация с химическим загрязнением питьевой воды сложилась в городах, где водоснабжение осуществляется из рек Волги и Дона. Комплексный показатель содержания химических веществ в питьевой воде этих городов, например в Волгограде, Воронеже, лимитированный по токсикологическому признаку вредности, более чем в два раза превышает допустимый уровень. Длительное использование подобной питьевой воды вызывает у населения заболевание почек, печени, кожи и нервной системы.

Следует, однако, отметить положительные тенденции в некоторых регионах Российской Федерации по охране водных объектов от загрязнения и истощения. Здесь необходимо отметить Москву, Новосибирск, Казань, где выделяются значительные региональные и городские бюджетные средства для решения экологических проблем, в том числе программ по охране и рациональному использованию рек- Оби, Волги и Москвы

Особым объектом правовой охраны окружающей среды от загрязнения являются водные объекты.

В соответствии с Водным кодексом РФ³, водный объект - природный или искусственный водоем, водоток или иной объект, постоянное или временное сосредоточение вод, в котором имеются характерные формы и признаки водного режима. Водные объекты в зависимости от особенностей их режима, физико-географических, морфометрических и других

особенностей подразделяются на поверхностные водные объекты и подземные водные объекты.

К поверхностным водным объектам относятся: моря или их отдельные части (проливы, заливы, в том числе бухты, лиманы и др.; водотоки (реки, ручьи, каналы); водоемы (озера, пруды, обводненные карьеры, водохранилища); болота; природные выходы подземных вод (родники, гейзеры); ледники, снежники. Поверхностные водные объекты состоят из поверхностных вод и покрытых ими земель в пределах береговой линии.

К подземным водным объектам относятся: бассейны подземных вод и водоносные горизонты.

На территорию России приходится 20% мировых пресных вод, имеется 2,5 млн. рек, 2,7 млн. озер, 2290 крупных водохранилищ, 37 тыс. крупных систем межбассейнового перераспределение стока. При этом, морское побережье России (около 60 тыс. км) омывается 13 морями. Обеспечить охрану и рациональное использование богатейших водных ресурсов России призваны как международные акты, так и национальное законодательство.

Россия - участница Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Данная Конвенция была ратифицирована Федеральным законом от 26 февраля 1997 г. № 30 «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву и Соглашения об осуществлении части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву».⁴ Действует также Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер, подписанная в Хельсинки в 1992 г. и ратифицированная Россией.

Данная Конвенция охватывает многие важные вопросы, связанные с использованием и охраной вод, включая обмен информацией, совместные научные исследования. Координацию водохозяйственных и водоохраных мероприятий, предотвращающих любое негативное трансграничное

воздействие вод (загрязнение вод, вред природной среде и т.п.). В русле названной Конвенции подписано соглашения по использованию и охране трансграничных вод, в том числе: трехсторонние (например, с Норвегией и Финляндией) и двусторонние (с Финляндией, Эстонией, Украиной, Казахстаном, Монголией и Китаем). Однако далеко не все аспекты водных отношений урегулированы в этих международных соглашениях.

Понятием «загрязнение» охватывается не только сброс вод, содержащих химические вещества в количествах свыше допустимых норм, но и так называемое тепловое загрязнение, а также появление в воде микроорганизмов в недопустимых концентрациях. В качестве примера можно привести бедствующую обстановку Черного моря. Глубинные воды (100-200 м от поверхности) насыщены сероводородом, что объясняется наличием большого речного стока, изолированностью Черного моря, различием в плотности между поверхностными и глубинными водами. Кроме этого, в восточных и нейтральных частях Черного моря недавно обнаружены такие вещества, как цезий - 137, стронций - 90. Вследствие этих фактов исчезают раки, креветки, моллюски, рыба.⁵

Особую опасность для водных объектов представляет нефтяное загрязнение.

Воды загрязняются радиоактивными веществами. Источниками радиоактивного загрязнения являются: загрязнения от испытаний ядерного оружия; загрязнение радиоактивными отходами, которые непосредственно сбрасываются в водные объекты; крупномасштабные аварии (ЧАЭС, аварии судов с атомными реакторами); захоронение радиоактивных отходов на дне и др.

Все водные объекты подлежат охране от загрязнения. Охрана водных объектов - система мер, направленная на сохранение и восстановление водных объектов, поэтому под правовой охраной водных объектов от загрязнения следует понимать совокупность правовых средств,

направленных на сохранение, восстановление и улучшение качественного состояния природных запасов воды, водных объектов.

Водный объект считается загрязненным, если в результате сброса или поступления с суши, деятельности на поверхности или дне водного объекта, а также в результате образования в нем вредных веществ изменились установленные нормативы качества вод, ограничилось его использование, проявилось негативное влияние на состояние дна и берегов водоемов. Источниками загрязнения являются объекты, осуществляющие сброс вредных веществ в водные объекты. Среди них: промышленные предприятия, коммунально-бытовое хозяйство, предприятия сельского хозяйства, суда, сплав леса, проведение строительных, взрывных работ на водных объектах, захоронение отходов в водных объектах и др.

Проблема снижения уровня загрязнения водных объектов очень актуальна для Оренбургской области. Значительным фактором, ухудшающим экологическую обстановку, является сброс бытовых и производственных сточных вод в поверхностные водные объекты. Основную техногенную нагрузку на водные объекты создают предприятия топливной промышленности (добыча нефти, газа, угля, нефтепереработка), металлургической, химической, нефтехимической и др. В области высокий удельный вес экологически вредных производств.

В Оренбургской области большое значение придается охране водных объектов от загрязнения, в частности, разработаны и выполняются: программа «Вода питьевая» по Оренбургской области, Региональная целевая программа «Обеспечение населения Оренбургской области питьевой водой на 2003-2010 гг.».

Большое значение придается проблемам, связанным с сохранением экологической системы реки Урал. Так, в мае 2007г. состоялась встреча делегаций России и Казахстана. Участниками встречи было отмечено, что экологическая обстановка на реке Урал нездоровая. Численность осетровых сократилась в 30 раз. Идет его заиливание. Река Илек приносит в Урал воды с

казахстанской стороны, отравленные хромом. Губернатор А.А. Чернышов отметил, что с 1977 г. в бывшем СССР постоянно действовал паритетный комитет по проблемам Урала. Он эффективно решал многие вопросы совместной эксплуатации реки и защиты ее экосистемы.

На заседании были высказаны предложения о придании реке Урал статуса международной реки и о разработке проекта создания на базе реки Урал природного парка с развитой системой водного туризма. В принятой резолюции предложено создать Межгосударственный комитет по решению экологических, социально-экономических и гуманитарных проблем бассейна реки Урал, сформировать группу экспертов для выработки механизма сохранения экосистемы, начать постоянный мониторинг реки, продолжить создание заповедников по ее берегам.⁶

Водные объекты подлежат охране от загрязнения ядохимикатами и другими химическими средствами. Агрохимикаты и пестициды, накапливаясь в почве, с дождевыми потоками проникают в воды и загрязняют их. Это пример диффузного загрязнения, т.е. загрязнение через поверхность земли. Серьезные проблемы порождает смыв в водоемы минеральных удобрений. Одним из способов предотвращения попадания агрохимикатов в водоемы является создание вокруг источников водоснабжения охранных зон, в которых вводятся запрещение или ограничение на применение отдельных видов и групп агрохимикатов. Применение ядохимикатов и других химических средств допускается только в случае, если это не повлияет на состояние водных объектов и водных биоресурсов.

Так, в Оренбургской области с 2001 г. ежегодно составляется информационный бюллетень о состоянии поверхностных водных объектов, водохозяйственных систем и сооружений. Государственный мониторинг поверхностных водных объектов включает: изучение естественного и нарушенного режима поверхностных водных объектов с использованием как государственной, так территориальной и локальной сетей; государственный

учет поверхностных вод и их использование с целью охраны последних от истощения и загрязнения.

Вопросы правовой охраны водных объектов, в том числе от загрязнения, всегда вызывали интерес отечественных ученых-юристов. В первую очередь, здесь хотелось бы назвать таких исследователей, как А.И. Бобылев⁷, М.М. Бринчук⁸, С.А. Боголюбов⁹, О.Л. Дубовик¹⁰ и др.

Пользование водными объектами особенно для хозяйственных целей, а также прилегающими к ним природными объектами - землями, лесами, недрами, растительным миром, способно вызвать негативные изменения в состоянии вод, и тем самым оказать вредное воздействие на окружающую среду, здоровье людей и экономику страны. В целях предупреждения и устранения таких негативных изменений, в том числе восстановления водных объектов, водное законодательство РФ устанавливает меры по охране вод от загрязнения, засорения и истощения. Кроме того, с водами связаны такие опасные природные явления, как наводнения, разрушение берегов, плотин и других водохозяйственных сооружений, эрозия почв, образование оползней, селевых потоков, заболачивание и засоление земель, которые именуется негативным воздействием вод. Эти явления возникают не только в силу действия стихийных сил природы, но и могут быть спровоцированы экологически некорректным поведением людей, авариями на водохозяйственных и иных объектах. Опасность возникновения этих явлений требует разработки и выполнения чрезвычайных мер, направленных на предотвращение негативного воздействия вод и ликвидации его последствий. Воды также являются средой обитания животного и растительного мира, и в необходимых случаях для охраны ценных видов живой природы необходимо принятие мер по консервации водных объектов и присвоения им статуса особо охраняемых водных объектов.

Таким образом, под правовой охраной водных объектов следует понимать установленные нормами права меры, направленные на предотвращение деградации, сохранение, улучшение и восстановление

водных объектов, а также меры по предупреждению негативного воздействия вод, в том числе через регулирование водопользования.

Правовые меры охраны водных объектов определены в целом ряде федеральных законов, комплексно регулирующих экологические отношения, а также в водном законодательстве РФ, где с учетом природных и иных особенностей вод, интересов общества, связанных с водами, предусмотрены специальные требования. Федеральный закон «Об охране окружающей среды» как основополагающий комплексный экологический нормативный правовой акт определяет общие обязанности природопользователей, включая водопользователей, органов государственной власти по предупреждению и устранению негативных воздействий своей деятельности на окружающую среду. В частности, на этапе проектирования водопользователи обязаны учитывать последствия своей деятельности на водные и другие природные объекты исходя из приоритетной обязанности рационального использования и воспроизводства природных ресурсов (ст. 35). Они также обязаны применять наилучшие экологические технологии, устанавливать технические средства обезвреживания сточных вод (ст. 36). При решении вопроса о строительстве объектов гидроэнергетики должны учитываться реальные потребности в электрической энергии и предусматриваться меры по охране водных объектов, водосборных площадей и экосистем в целом (ст. 40). Для сельского хозяйства действуют требования по установлению санитарно-защитных зон и использованию очистных сооружений, предупреждающих, в частности, поступление в водные объекты сточных вод с сельскохозяйственных угодий (ст. 42).

Все проекты хозяйственной деятельности, влияющие на состояние вод, включая проекты строительства, модернизации, расширения, технического перевооружения и изменения в режиме эксплуатации объектов требует получения положительного заключения экологической экспертизы. Правовой режим охраны водных объектов, под которым понимается система правил и мероприятий, нацеленных на предупреждение и установление

деградации вод, включает, прежде всего, запреты и ограничения на сбросы отходов и не подвергшихся санитарной очистке сточных вод, а также на осуществление отдельных видов деятельности. В частности, запрещается сброс в водные объекты и захоронение в них отходов производства и потребления. Содержание радиоактивных веществ, пестицидов, агрохимикатов и других опасных для здоровья человека веществ в водных объектах не должно превышать естественного фона, захоронение в водных объектах ядерных материалов, радиоактивных веществ запрещено. Содержание правового режима такого вида водного объекта, как болота включает запрет за их загрязнение и засорение отходами производства и потребления, нефтепродуктами, ядохимикатами. На водоспособных площадях подземных водных объектов, которые используются или могут быть использованы для питьевого и хозяйственно-бытового водоснабжения, не допускается размещение захоронений отходов, свалок, кладбищ. Также не разрешается орошение земель сточными водами, если это не соответствует санитарному законодательству. Водные объекты, обладающие особой природоохранной, научной, культурной, рекреационной и иной нематериальной значимостью могут быть признаны Правительством РФ особо охраняемыми водными объектами. Такие объекты могут быть полностью или частично, постоянно или временно изъяты из хозяйственной деятельности.

Учитывая, что состояние водных объектов зависит не только от водопользования, но и от деятельности, осуществляемой на водосборной площади, водное и земельное законодательство РФ предусматривают установление для каждого поверхностного водного объекта водоохранной зоны, в пределах которой действует режим ограничений на хозяйственную и иную деятельность. Водоохранная зона - это территория, примыкающая к береговой линии морей, рек, ручьев, каналов, озер, водохранилищ и на которой действует специальный режим осуществления хозяйственной и иной деятельности. Основное назначение водоохранной зоны - предотвращение

загрязнения, засорения, заиления водных объектов, истощения вод, сохранение среды обитания водных биологических ресурсов, объектов животного и растительного мира. Для этого в пределах водоохранных зон запрещены такие действия, как использование сточных вод для удобрения почв, захоронение отходов, радиоактивных, химических и иных опасных веществ, размещение кладбищ и скотомогильников, движение и стоянка транспортных средств, за исключением их проезда по дорогам и стоянки на дорогах и в специально оборудованных местах, имеющих твердое покрытие.¹¹

В состав водоохраной зоны входит прибрежная защитная полоса - часть водоохраной зоны, непосредственно примыкающая к береговой линии. Здесь действует более строгий режим хозяйственной деятельности: запрещается распашка земель, выпас сельскохозяйственных животных, размещение отвалов размываемых грунтом. Примечательно, что установленный прежним ВК РФ запрет на размещение дачных и садово-огородных участков, а также выделение земель для индивидуального жилищного строительства в прибрежной защитной полосе, снят. Таким образом, ВК РФ узаконил сложившуюся в последнее десятилетие практику незаконного (с точки зрения действовавшего ранее законодательства РФ) использования земель в водоохранных зонах, а собственникам земельных участков и коттеджей, расположенных в непосредственной близости от водных объектов, теперь не грозит их изъятие. Это является одним из самых главных недостатков Водного кодекса России.

Ширина водоохраной зоны зависит от вида водного объекта и его размеров. Так, для рек и ручьев в зависимости от их протяженности ширина водоохраной зоны колеблется от 50 до 200 м. Ширина водоохраной зоны моря составляет 500 м.

Важным правовым механизмом обеспечения охраны водных объектов является нормирование. Новый Водный кодекс существенно изменил прежний порядок нормирования и практическое внедрение новой системы

нормирования потребует немало времени, так как это связано с разработкой технических регламентов и дополнительных подзаконных актов. Новой категорией в системе нормирования являются целевые показатели качества воды, которые устанавливаются для каждого речного бассейна или его части с учетом, с одной стороны, природных особенностей водного объекта, а с другой - условий целевого использования водных объектов.

Важной правовой мерой является государственный контроль и надзор за использованием и охраной водных объектов. Цель контроля - обеспечить правомерное поведение участников водных отношений, в том числе реализацию прав и строгое исполнение обязанностей водопользователей. В Водном кодексе определены задачи контроля, органы и лица, его осуществляющие, а также, что особенно важно полномочия государственных инспекторов.¹²

Отношения по использованию и охране вод подконтрольны, как отчасти, Ростехнадзору, так и Росприроднадзору.

Уже сейчас имеется возможность осуществления общественного контроля в области водных отношений. Это предусмотрено федеральным законом «Об Общественной палате Российской Федерации».¹³ Согласно этому закону, Общественная палата контролирует деятельность исполнительных органов государственной власти и местного самоуправления и проводит общественную экспертизу законопроектов и проектов нормативных правовых актов. Она призвана обеспечить согласование общественно значимых интересов для решения важных вопросов экономического и социального развития, обеспечения национальной безопасности. В связи с этим, общественный контроль в области водных отношений может касаться, в том числе, возникновения, изменения и прекращения прав на водные объекты.¹⁴

Государственный контроль за использованием водных объектов на территории Оренбургской области в 2004 году был возложен на управление Росприроднадзора по Оренбургской области. Деятельность этой службы в

этом направлении осуществлялась в тесном взаимодействии с управлением Ростехнадзора по данному субъекту РФ. Отделение Росприроднадзора взаимодействует по этому вопросу также с другими структурами. В их числе следует назвать Главное управление МЧС России по Оренбургской области, Оренбургскую и Орскую межрайонные природоохранные прокуратуры.

О государственном контроле, в том числе, связанным с водными объектами, идет речь и в законе Оренбургской области от 29 августа 2005 года «Об охране окружающей среды».¹⁵ В статье 11 этого закона установлено, что перечень должностных лиц, осуществляющих областной государственный экологический контроль устанавливается в соответствии с законодательством субъекта. Их права также установлены в статье 36 Водного кодекса РФ. Так, государственные инспектора вправе проверять соблюдение требований к использованию и охране водных объектов; составлять по результатам проверок акты и представлять их для ознакомления водопользователям; уведомлять в письменной форме стороны, заключившие договор водопользования, о результатах проверок, выявленных нарушениях условий использования водных объектов. Они также наделены и другими правами. Так, они вправе осматривать в установленном порядке и при необходимости задерживать суда (в том числе иностранные) и другие плавучие средства, допустившие загрязнение с судов нефтью, вредными веществами, сточными водами или мусором либо не принявшие необходимых мер по предотвращению такого загрязнения водных объектов.¹⁶

Важно отметить, что данные права закреплены в федеральном законе и это повышает правовой статус государственных инспекторов и создает уверенность в более четкой организации контрольной деятельности государства в данной сфере.¹⁷

Федеральный государственный водный контроль на территории Оренбургской области организован за 520 объектами и 269 хозяйствующими субъектами. Госинспекторами в течении 2008 г. проведено 54 проверки соблюдения требований природоохранного законодательства РФ. В ходе

контрольно-надзорных мероприятий по состоянию на 01.01.2009 г. выявлено 74 нарушения требований Водного кодекса. Основными видами нарушений являются:

- Безлицензионное (самовольное) пользование водными объектами;
- Несоблюдение условий договора (лицензии) на водопользование;
- Несоблюдение режима использования территорий в водоохраных зонах и прибрежных защитных полосах;
- Превышение нормативов предельно допустимых сбросов загрязняющих веществ в водные объекты;
- Несоблюдение правил эксплуатации водохозяйственных и иных сооружений и средств водоучета.

Следует отметить, что традиционные методы контроля водных объектов не оперативны и, кроме того, характеризуют состав загрязнений данных объектов только в момент отбора проб. Более действенным является контроль за качеством воды, осуществляемый с помощью автоматических приборов. В этом случае датчики постоянно измеряют концентрацию загрязнений, что способствует быстрому принятию решений в случае неблагоприятных воздействий на источники водоснабжения.¹⁸

За нарушение водного законодательства установлены различные виды ответственности, среди которых можно выделить уголовную, административную, дисциплинарную, а также эколого и гражданско-правовую. Однако в Водном кодексе названы лишь некоторые из них. В то же время уголовная ответственность за водные правонарушения предусмотрена только в Уголовном кодексе. Здесь необходимо выделить две статьи УК РФ.

В статье 250 УК РФ установлены санкции за загрязнение, засорение, истощение поверхностных или подземных вод, источников питьевого водоснабжения либо иное изменение их природных свойств, в случае, если эти деяния повлекли причинение существенного вреда животному или растительному миру, рыбным запасам, лесному или сельскому хозяйству,

либо повлекшие причинение вреда здоровью человека или массовую гибель животных, равно совершенное на территории заповедника или заказника либо в зоне экологического бедствия, либо повлекшие по неосторожности смерть человека.

В статье 252 УК РФ установлены санкции уже за загрязнение морской среды из находящихся на суше источников либо вследствие нарушения правил захоронения или сброса с транспортных или возведенных в море искусственных сооружений веществ и материалов, вредных для здоровья человека и живых ресурсов моря, либо препятствующих правомерному использованию морской среды, в случае, если эти деяния причинили существенный вред здоровью человека, животному или растительному миру, рыбным запасам, окружающей среде, зонам отдыха либо другим, охраняемым законам интересам, либо повлекшие по неосторожности смерть человека.

Основной правовой проблемой здесь является то, что конструкция данных статей сформулирована законодателем как материальные составы, а на наш взгляд они должны иметь формальный состав и предусматривать ответственность за угрозу наступления вышеуказанных последствий в статьях 250 и 252 УК РФ. Необходимо существенно увеличить санкции по данным статьям.

Одним из видов юридической ответственности за водные правонарушения является административная ответственность. Например, она предусмотрена в статье 11.21 КоАП РФ, где установлены санкции за сброс сточных вод в водоотводные сооружения или резервы на полосе отвода автомобильной дороги. Нарушение правил водопользования при сбросе сточных вод в водные объекты влечет ответственность по ч. 1 ст. 8.14. КоАП РФ. Невыполнение или несвоевременное выполнение обязанностей по приведению водных объектов, их водоохраных зон и прибрежных полос в состояние, непригодное для пользования, влечет ответственность по ч. 2 ст. 8.13. КоАП РФ.

Важное значение имеет в правовой охране водных объектов гражданско-правовая ответственность. Так, в части 2 статьи 68 Водного кодекса записано, что привлечение к ответственности за нарушение водного законодательства РФ не освобождает виновных лиц от обязанности устранить допущенное нарушение и возместить причиненный ими вред. Нормы о гражданско-правовой ответственности, согласно п. 6 ст. 13 ВК РФ должны содержаться в договоре водопользования.

К санкциям экологической ответственности относится, например, аннулирование лицензий на водопользование, которое осуществляет Федеральное агентство водных ресурсов. Водным кодексом предусмотрены и такие санкции эколого-правовой ответственности, как приостановление или ограничение водопользования.¹⁹

По итогам контрольной деятельности в Оренбургской области, за 2009 г. рассмотрено 79 дел об административных правонарушениях, привлечено к административной ответственности 79 лиц, в том числе: 34 юридических, 38 должностных и 7 физических лиц. Применены штрафные санкции на сумму 663,3 тыс. рублей. Взыскано штрафов на общую сумму 536,3 тыс. рублей. Выдано 349 предписаний. За невыполнение 23 предписаний на рассмотрение в мировой суд направлено 15 материалов дел об административных правонарушениях, предусмотренных ч.1 ст. 19.5 КоАП РФ.

Проблемой охраны окружающей среды является также и ликвидация самостоятельного комитета по экологии в составе Государственной Думы РФ. В системе исполнительной власти отмечается дублирование функций экологического контроля и управления охраной окружающей среды. В ведении нового Министерства природных ресурсов и экологии РФ оказались Росгидромет и Ростехнадзор, которые должны быть вневедомственными.²⁰

В целом практика применения Водного кодекса РФ показала крайнюю необходимость изменения отдельных положений этого кодекса,

либерализовавшего правоотношения в этой сфере и снизивших при этом эффективность экологического контроля.

Считаем необходимым охрану таких водных объектов как естественные родники, так как в настоящее время в водном законодательстве не предусмотрены правовые меры охраны данных объектов. Поэтому необходимо разработать федеральную целевую программу по их охране, регионы России могли бы принять и свои собственные экологические программы по охране родников от загрязнения, засорения и истощения. Наиболее важные и ценные родники следует объявлять памятниками природы регионального значения.

¹ Зеленый мир. 2009. 18 августа.

² Южный Урал. 2009. 21 сентября

³ Водный кодекс РФ. Федеральный закон от 3 июня 2006 г. № 74 - ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2381.

⁴ СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1013.

⁵ Лукшин И.В. Экология мирового океана и ее правовая защита, а также ее специфика в Черном море // Право и политика. 2004. № 2. С. 11.

⁶ Южный Урал. 2007. 23 мая.

⁷ Бобылев А.И., Ивакин В.И. Юридическая ответственность за нарушение правового режима природных объектов, природных ресурсов. М.: Право и государство, 2007. С. 193-223.

⁸ Бринчук М.М. Байкал как отражение экологического кризиса в России // Экологическое право России: Сборник материалов научно-практич. Конференций. Юбилейный вып. 1995-2004 гг. В 3-х т. / Под ред. А.К. Голиченкова. М.: ТИССО, 2004. Т. 1. С. 337-340.

⁹ Комментарий к Водному кодексу Российской Федерации (постатейный) / С.А. Боголюбов, Г.А. Волков, Д.О. Сиваков; отв. ред. С.А. Боголюбов. М.: ТК Велби, Проспект, 2007. С. 170-210.

¹⁰ Дубовик О.Л. Новое в правовом регулировании принципов водного законодательства РФ // Аграрное и земельное право. 2007. № 3. С. 140-150; № 4. С. 103-126.

¹¹ Краснова И.О. Новый Водный кодекс Российской Федерации - правовое регулирование водных отношений // Аграрное и земельное право. 2006. № 11. С. 95 – 100.

¹² Боголюбов С.А. и др. Комментарий к Водному кодексу Российской Федерации (постатейный). М.: ТК Велби, Проспект, 2007. С. 118-120.

¹³ СЗ РФ. 2005. № 15. Ст. 1277.

¹⁴ Сиваков Д.О. Водный контроль: современный этап. // Аграрное и земельное право. 2008. № 6. С. 91-93.

¹⁵ Южный Урал. 2006. 18 марта.

¹⁶ Белецкая Р.И. Государственный водный контроль: правовое регулирование. // Аграрное и земельное право. 2008. № 6. С. 94-95.

¹⁷ Бобылев А.И. Новеллы Водного кодекса Российской Федерации. // Аграрное и земельное право. 2006. № 10. С. 10.

¹⁸ Методические указания по курсу «Мониторинг и экологический контроль» // Г.В.Соболин, Ю.И.Коровин, Л.Н.Хилько. Оренбург: Издат. Центр ОГАУ, 2007. С. 176.

¹⁹ Ивакин В.И. Юридическая ответственность за водные правонарушения по новому Водному кодексу Российской Федерации. // Аграрное и земельное право. 2006. № 10. С. 75-77.

²⁰ Веселов А.Н. Выступление в Государственной Думе ФС РФ. // Зеленый мир. 2009. № 5. С. 2.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО СТАТУСА КРЕСТЬЯНСКИХ (ФЕРМЕРСКИХ) ХОЗЯЙСТВ

ЛОПИНА И.М.,

*к.ю.н., доцент кафедры аграрного и экологического права,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

Ключевые слова: *крестьянское (фермерское) хозяйство;
сельскохозяйственный товаропроизводитель; субъект
предпринимательской деятельности в сельском хозяйстве.*

Статья посвящена рассмотрению проблем, возникающих в теории и практике регулирования правового положения крестьянского (фермерского) хозяйства. В частности, исследуются вопросы определения правового статуса крестьянского (фермерского) хозяйства и его главы, реализации правосубъектности крестьянского (фермерского) хозяйства, квалификации его как особого субъекта предпринимательской деятельности в сельском хозяйстве.

Key words: *farm, agricultural commodity producer, agent in agriculture.*

The article is devoted to the problems appeared in theory and practice of legal regulation of the farms. In particular there are some matters of determination of legal status of the farm and its owner, implementation of legal personality of farming, its determination as a special agent of entrepreneurial agricultural activity.

Во многих зарубежных странах крестьянские (фермерские) хозяйства¹ занимают особое место в аграрной отрасли, являясь весьма эффективной формой хозяйствования. В современной истории России развитие фермерства совпало с началом в 1990 году аграрно-земельной реформы, главной задачей которой было формирование конкурентной среды и предпринимательства в аграрном секторе.

На протяжении ряда лет российский законодатель неоднозначно и противоречиво решал вопрос о правовом статусе фермерских хозяйств. Так, в соответствии с п. 1 ст. 1 Закона РСФСР «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»², принятого 22 ноября 1990 года, фермерское хозяйство признавалось самостоятельным хозяйствующим субъектом с правами юридического лица, а согласно п. 2 ст. 9 того же закона – и юридическим лицом.

С момента вступления в силу части первой Гражданского кодекса РФ³, правосубъектность фермерского хозяйства претерпела существенные изменения, поскольку Закон РСФСР о фермерском хозяйстве мог применяться только в части, не противоречащей Кодексу⁴. В соответствии с п. 2 ст. 23 ГК РФ глава фермерского хозяйства, осуществляющего деятельность без образования юридического лица, стал признаваться предпринимателем с момента государственной регистрации фермерского хозяйства. Таким образом, фермерское хозяйство было лишено статуса юридического лица и произошло «раздвоение этого образования на само хозяйство и его главу. Подлежит регистрации как само хозяйство, так и одновременно его глава, получающий статус индивидуального предпринимателя»⁵. Предложенная правовая конструкция не позволяет достаточно определенно разграничить статус главы фермерского хозяйства и самого хозяйства.

Действующий Федеральный закон от 11 июня 2003 года «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»⁶ иначе урегулировал проблему

взаимоотношений главы фермерского хозяйства с самим хозяйством, признав субъектом предпринимательской деятельности само хозяйство (п. 3 ст. 1). При наличии состава фермерского хозяйства Закон не признает его главу индивидуальным предпринимателем, его полномочия свидетельствуют о том, что он является органом хозяйства: признание главой осуществляется по взаимному согласию его членов (п. 1 ст. 16); глава должен действовать в интересах хозяйства (п. 2 ст. 16); организует деятельность хозяйства; выступает от его имени без доверенности; совершает сделки; ведет учет и отчетность и т.д. (ст. 17).

Таким образом, если в ГК РФ связь главы хозяйства как индивидуального предпринимателя с самим хозяйством выглядит алогичной, то в Законе субъектом предпринимательства признано именно хозяйство, а глава выступает его исполнительным органом. Необходимо отметить, что п. 2 ст. 23 ГК РФ приобретает однозначное содержание только в том случае, если фермерское хозяйство создано одним гражданином, который и будет являться главой хозяйства, что предусматривается и Законом (п. 2 ст. 1, п. 1 ст. 16). Для того, чтобы исключить двоякость звучания нормы ГК РФ о признании главы фермерского хозяйства индивидуальным предпринимателем, необходимо привести ее содержание в соответствие с нормами специального Закона о фермерском хозяйстве.

Факт смешения статусов главы фермерского хозяйства и самого хозяйства привлекает внимание и при анализе норм о государственной регистрации фермерского хозяйства, что предусмотрено ст. 5 Закона, в порядке, установленном для государственной регистрации физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей⁷. Аналогичная проблема возникает и при рассмотрении вопроса о несостоятельности (банкротстве) фермерского хозяйства – регулирующие его нормы содержатся в главе Федерального закона от 26 октября 2002 года «О несостоятельности (банкротстве)»⁸, посвященной банкротству гражданина. Определяя в § 3 гл.

Х Закона о банкротстве особенности банкротства фермерского хозяйства, законодатель одновременно предусматривает признание индивидуального предпринимателя – главы фермерского хозяйства банкротом (п. 1 ст. 218). Подобные противоречия вытекают из некоторой законодательной неопределенности правового статуса фермерского хозяйства, позволяющей ему функционировать и в статусе индивидуального предпринимателя.

Также до настоящего времени в аграрном секторе экономики могут функционировать фермерские хозяйства, являющиеся юридическими лицами. Такая ситуация стала возможна ввиду отсутствия в Федеральном законе «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» сроков приведения статуса фермерских хозяйств, зарегистрированных до 1 января 1995 года в качестве юридических лиц на основании Закона РСФСР о фермерском хозяйстве, в соответствие с нормами ГК РФ. Закон эту проблему решил, позволив хозяйствам, созданным до принятия ГК РФ, сохранить статус юридического лица на период до 1 января 2013 года (п. 3 ст. 23).

В юридической литературе имеется мнение о сомнительности такого правового решения, «которое ничего позитивного не вносит в развитие фермерства, но лишь продолжает споры правоприменительных и иных органов о нелегитимности фермеров как юридических лиц»⁹.

Действительно, реализация этой нормы породила множество споров. Например, Федеральным арбитражным судом Западно-Сибирского округа в 2006 году рассматривалось дело в отношении фермерского хозяйства, созданного в 1992 году в форме юридического лица в соответствии с Законом РСФСР о фермерском хозяйстве. Постановлением налоговой инспекции на хозяйство был наложен штраф, что послужило основанием для обращения в Арбитражный суд Алтайского края с заявлением о признании указанного постановления незаконным. По мнению суда I инстанции, статус хозяйства как юридического лица не соответствовал нормам ГК РФ и

Закона. Как не прошедшее перерегистрацию, хозяйство было признано недействующим, производство по делу прекращено, поскольку хозяйство утратило статус юридического лица и спор не подлежит рассмотрению в арбитражном суде. Суд кассационной инстанции не согласился с этим решением, поскольку то обстоятельство, что хозяйство не привело свой правовой статус в соответствие с нормами ГК РФ, не может свидетельствовать о ликвидации хозяйства как юридического лица и, прекращая производство по делу, суд I инстанции не учел нормы п. 3 ст. 23 Закона¹⁰.

Между тем, предоставление фермерским хозяйствам статуса юридического лица в 1990 году не имело смысла, поскольку согласно п. 1 ст. 15 Закона РСФСР о фермерском хозяйстве имущественными правами обладали его члены¹¹. С принятием ГК РФ именно по причине несоответствия фермерского хозяйства такому признаку юридического лица как наличие обособленного имущества (п. 1 ст. 48) правовой статус фермерского хозяйства был изменен.

Вопрос о правовом статусе фермерского хозяйства включает и вопрос о его правосубъектности, которая характеризует хозяйство как субъекта, осуществляющего предпринимательскую деятельность в аграрном секторе экономики.

Закон определяет правосубъектность этой организационно-правовой формы посредством указания следующих основных для фермерского хозяйства видов производственной и иной хозяйственной деятельности - это производство и переработка сельскохозяйственной продукции, а также транспортировка (перевозка), хранение и реализация сельскохозяйственной продукции собственного производства (п. 1 ст. 19). Определение законодателем этих видов деятельности как основных позволяет предположить, что фермерское хозяйство вправе осуществлять и иную производственно-хозяйственную деятельность. Следовательно, фермерское

хозяйство обладает общей правосубъектностью, но с определенной долей условности, поскольку хозяйство признается таковым при осуществлении названных видов деятельности (п. 1 ст. 1 Закона).

Аналогичный вывод следует из анализа п. 4 ст. 1 Закона, который устанавливает лишь возможность признания фермерского хозяйства сельскохозяйственным товаропроизводителем в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В этой связи обращает на себя внимание другой аспект вопроса: в ряде правовых актов¹² установлены критерии квалификации юридических или физических лиц, занятых в аграрной сфере, сельскохозяйственной организацией или сельскохозяйственным товаропроизводителем. В то же время, в российском законодательстве прослеживается тенденция признания фермерского хозяйства субъектом предпринимательства в сельском хозяйстве только по факту его государственной регистрации. Например, на фермерские хозяйства не распространяется действие ст. 177 Закона о банкротстве, устанавливающей критерии признания юридических лиц сельскохозяйственными организациями, к ним применяются специальные нормы, определяющие особенности банкротства фермерских хозяйств (ст.ст. 217-223). Кстати сказать, в этой связи возникает дилемма: какие из указанных выше норм Закона о банкротстве следует применять к фермерским хозяйствам, продолжающим функционировать как юридические лица? Ответ на этот вопрос, видимо, остается открытым.

Также согласно ст. 3 Федерального закона от 29 декабря 2006 года «О развитии сельского хозяйства»¹³ фермерские хозяйства признаются сельскохозяйственными товаропроизводителями наряду с теми организациями и предпринимателями, которые соответствуют введенным в целях реализации названного закона критериям.

Эту тенденцию следует признать положительной. Фермерские хозяйства являются субъектом с особым составом, ограниченным семейно-

родственными связями, личным участием в производственно-хозяйственной деятельности (ст.ст. 1, 3 Закона) и в большинстве случаев функционируют как малые формы предпринимательства. По этой причине фермерские хозяйства не должны приравниваться к крупным организационным формам хозяйствования, применение к ним общих требований не будет способствовать развитию фермерства.

В плане имущественной правосубъектности фермерское хозяйство является нетрадиционным субъектом, т.к. имущество фермерского хозяйства принадлежит его членам на праве совместной собственности, если соглашением между ними не установлено иное (п. 3 ст. 6 Закона). Эта норма о признании членов фермерского хозяйства собственниками его имущества вызывает сложности в понимании и реализации ее на практике.

Во-первых, поскольку хозяйство является субъектом предпринимательства, оно должно иметь закрепленное за ним имущество. Право собственности фермерского хозяйства не должно совпадать с правом собственности его членов. Имущество хозяйства необходимо обособить от имущества его членов.

Законодатель решил этот вопрос следующим образом: согласно п. 1 ст. 6 Закона в состав имущества хозяйства могут входить земельный участок, хозяйственные и иные постройки, мелиоративные и другие сооружения, продуктивный и рабочий скот, птица, сельскохозяйственные и иные техника и оборудование, транспортные средства, инвентарь и иное необходимое для осуществления его деятельности имущество. При этом в соответствии с п. 3 ст. 4 Закона вопрос о порядке формирования имущества фермерского хозяйства, порядке владения, пользования и распоряжения этим имуществом находится в ведении членов, заключающих соглашение о создании фермерского хозяйства. Данный вопрос вообще не регулируется, если фермерское хозяйство создается одним гражданином, поскольку в таком случае соглашение не требуется (п. 1 ст. 4 Закона).

В соответствии с п. 3 ст. 8 Закона необходимость в имущественной обособленности хозяйства основывается на его обязанности нести ответственность по сделкам. Также это необходимо в целях отграничения имущества, имеющего значение предметов и средств производства для ведения фермерского хозяйства, от личного имущества членов. Но при этом действие нормы о принадлежности имущества хозяйства его членам никто не отменял. Поэтому в практике нередки случаи приобретения имущества для ведения фермерского хозяйства на имя его членов, что нарушает интересы кредиторов и других заинтересованных лиц. Единственным способом разграничить это имущество остается бухгалтерский баланс хозяйства.

В этой связи следует отметить, что использование имущества фермерским хозяйством может основываться не только на праве собственности, но и на других правовых титулах. Земельные участки, хозяйственные и иные строения, технику, оборудование хозяйства могут и арендовать. Земельный участок также может быть закреплен на праве пожизненного наследуемого владения, что предусматривалось Законом РСФСР о фермерском хозяйстве и было возможно до введения в действие в 2001 году Земельного кодекса РФ¹⁴. В таких случаях обеспечить права кредиторов может быть весьма затруднительно.

Обязанность фермерского хозяйства нести ответственность по возникшим обязательствам имуществом, закрепленным в ст. 6 Закона, не согласуется с установленной в ст.ст. 23 и 24 ГК РФ ответственностью главы фермерского хозяйства как индивидуального предпринимателя всем принадлежащим ему имуществом. Противоречие приведенных норм исходит из установленной выше неопределенности в статусе фермерского хозяйства и его главы и должно быть устранено в пользу специального Закона.

Во-вторых, обращает на себя внимание декларативный характер п. 3 ст. 6 Закона. Член хозяйства не может реализовать принадлежащее ему право собственности по своему усмотрению, поскольку распоряжение имуществом осуществляется в интересах фермерского хозяйства, а при выходе из хозяйства он имеет право исключительно на денежную компенсацию, соразмерную его доле в праве общей стоимости на имущество хозяйства (п. 2 ст. 8, п. 2 ст. 9 Закона).

О своеобразии статуса члена фермерского хозяйства как собственника имущества также свидетельствуют установленные в части третьей Гражданского кодекса РФ¹⁵ особенности наследования имущества члена хозяйства. В случае, если наследник умершего члена фермерского хозяйства сам членом этого хозяйства не является, у него возникает право только на компенсацию, соразмерную наследуемой им доле в имуществе, находящемся в общей совместной собственности членов хозяйства (п. 2 ст. 1179 ГК РФ).

Исходя из изложенного, следует согласиться с существующим в научной литературе мнением о том, что «до тех пор, пока гражданин является членом фермерского хозяйства, ему не принадлежит имущество, закрепленное за ним на каком-либо вещном праве»¹⁶. И только при прекращении фермерского хозяйства в связи с выходом из него всех его членов в соответствии с п. 4 ст. 9 Закона имущество хозяйства подлежит разделу между его членами в натуральном виде.

Изложенное позволяет присоединиться к существующим мнениям ученых о том, что фермерское хозяйство – это «особая форма предпринимательской деятельности»¹⁷ в сельском хозяйстве и «особый хозяйствующий субъект»,¹⁸ обладающий признаками, которые позволяют отграничить его от других хозяйствующих субъектов.

В числе субъектов регулируемых гражданским законодательством отношений законодатель называет граждан, юридические лица, Российскую

Федерацию, субъектов Российской Федерации и муниципальные образования (ст. 2 ГК РФ). Несмотря на то, что приведенный перечень является исчерпывающим, по мнению Н.Н.Мельникова, характеристики отдельных субъектов, в том числе фермерского хозяйства, не охватываются понятием физического либо юридического лица, что позволяет сделать вывод о наличии переходных юридических форм, являющихся правосубъектными единицами¹⁹ или известных в теории права так называемых усеченных юридических лиц²⁰.

Таким образом, предложенная законодателем модель фермерского хозяйства противоречива, непоследовательна и должна стать предметом дальнейшей правотворческой деятельности.

¹ Далее по тексту – фермерские хозяйства.

² Закон утратил силу. Далее – Закон РСФСР о фермерском хозяйстве. // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 26. Ст. 324.

³ Далее по тексту – ГК РФ. // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301. С посл. изм. и доп.

⁴ См. ст. 4 ФЗ от 30 ноября 1994 г. «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3302. С посл. изм. и доп.

⁵ Зинченко С., Галов В. Новое в правовом статусе крестьянского (фермерского) хозяйства. // Хозяйство и право. 2004. № 2. С. 29.

⁶ Далее по тексту – Закон. // Собрание законодательства РФ. 2003. № 24. Ст. 2249. С посл. изм. и доп.

⁷ См.: п. 2 постановления Правительства РФ от 16 октября 2003 года «О Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей, Правилах хранения в единых государственных реестрах юридических лиц и индивидуальных предпринимателей документов (сведений) и передачи их на постоянное хранение в государственные архивы, а также о внесении изменений и дополнений в постановления Правительства Российской Федерации от 19 июня 2002 г. № 438 и 439». // Собрание законодательства РФ. 2003. № 43. Ст. 4238. С посл. изм. и доп.

⁸ Далее по тексту – Закон о банкротстве. // Собрание законодательства РФ. 2002. № 43. Ст. 4190. С посл. изм. и доп.

⁹ Воронин Б.А. Крестьянские (фермерские) хозяйства: правовые проблемы и тенденции развития. // Аграрное и земельное право. 2004. № 1. С. 28.

¹⁰ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 21 февраля 2006 г. по делу № Ф04-9793/2005 (18929-А03-19). // Текст постановления официально опубликован не был. Информация получена в СПС «Гарант».

¹¹ Об этом еще в 1992 году писали Г.В.Чубуков и А.А.Погребной в статье «Крестьянин – фермер, хозяин и собственник». // Государство и право. 1992. № 4. С. 34.

¹² По этому вопросу см., например, ст. 346.2 Налогового кодекса РФ (ч. 2) от 5 августа 2000 г. // Собрание законодательства РФ. 2000. № 32. Ст. 3340. С посл. изм. и доп.; ст. 1 ФЗ от 8 декабря 1995 г. «О сельскохозяйственной кооперации». // Собрание законодательства РФ. 1995. № 50. Ст. 4870. С посл. изм. и доп. и др. документы.

¹³ Собрание законодательства РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 27. С посл. изм. и доп.

¹⁴ См.: п. 1 ст. 21 Земельного кодекса РФ. // Собрание законодательства РФ. 2001. № 44. Ст. 4147. С посл. изм. и доп.

¹⁵ Далее по тексту – ГК РФ. // Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4552. С посл. изм. и доп.

¹⁶ Зинченко С., Галов В. Указ. соч. С. 35.

¹⁷ Устюкова В.В. Правовое положение крестьянского (фермерского) и личного подсобного хозяйства в условиях аграрной реформы. М., 2000. С. 8.

¹⁸ Макарова О.А. Правовое положение крестьянского (фермерского) хозяйства. // Кодекс-info. 2000. № 1. С. 9.

¹⁹ Мельников Н.Н. Понятие крестьянского (фермерского) хозяйства. // Журнал российского права. 2007. № 3. С. 32.

²⁰ Там же. С. 39.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

МИХАЙЛОВА Е.С.,

к.ю.н., доцент кафедры административного и финансового права,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532) 72-22-22,

post@oimsla.edu.ru

e-mail: emixailova9@mail.ru

***Ключевые слова:** экологическая безопасность, охрана окружающей среды, государственное управление в сфере экологии.*

В статье рассмотрена проблема законодательного регулирования экологической безопасности в Российской Федерации, определена соответствующая терминология, уделено внимание международно-правовому закреплению обеспечения экологической безопасности.

***The key words:** ecological safety, environmental protection, state control in the sphere of ecology.*

The problem of legislative adjustment of ecological safety in the Russian Federation is considered in this article, the terminology is determined, the attention is paid to the international legal attachment of the ensuring ecological safety.

Организация обеспечения экологической безопасности является одним из главных направлений государственной политики любого

цивилизованного общества, стремящегося к созданию благоприятных условий для устойчивого и эффективного развития.

В теоретическом плане вопросы экологической безопасности рассматривались начиная с 80-х годов 20 века такими видными учеными, как С.А. Боголюбов, М.М. Бринчук, А.К. Голиченков, Т.В. Злотникова, О.С. Колбасов и др. Однако до настоящего времени многие проблемы данной области остаются предметом дискуссий. Например, понятийный аппарат, подходы к оценке места и роли экологической безопасности в системе национальной безопасности Российской Федерации, организация эффективной системы государственных органов власти в сфере обеспечения экологической безопасности и т.д.

Федеральный закон «Об охране окружающей среды» в ст.1 впервые дал официальное определение «экологической безопасности», под которой понимается состояние защищенности природной среды и жизненно важных интересов человека от возможного негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности, чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, их последствий.

При этом «состояние защищенности» природной среды и жизненно важных интересов личности достигается государственной экологической политикой, системой мер правового, экономического и организационного характера, мерами юридической ответственности, направленных на снижение рисков реальных и потенциальных угроз безопасности и смягчение неблагоприятных последствий, вызванных хозяйственной и иной деятельностью, чрезвычайными ситуациями природного и техногенного характера.¹

Термин «экологическая безопасность» упоминается и в большом количестве иных нормативных правовых актов. Вместе с тем, использование этого понятия в каждом акте имеет свои особенности. Это связано с тем, что на настоящий момент нет единого понимания предмета правового регулирования экологической безопасности, не определено ее место в

правовой системе, не выработано единого подхода к ее правовому обеспечению.

При наличии множества нормативных правовых актов, регулирующих отношения в рассматриваемой сфере, национальное законодательство в этой части пока слабо сконструировано, в нем есть противоречия и коллизии, в том числе в ряде случаев оно противоречит Конституции РФ, оно декларативно, много пробелов и в регулировании отношений в области обеспечения экологической безопасности, при этом многочисленность вторичного законодательства затрудняет правоприменительную практику по этим вопросам.²

Перечни некоторых видов и объектов хозяйственной и иной деятельности, представляющие угрозу экологической безопасности, закреплены в статьях 11 и 12 Федерального закона «Об экологической экспертизе» от 23 ноября 1995 г. № 174-ФЗ, в Федеральном законе «О промышленной безопасности и опасных производственных объектах» от 21 июля 1997 г. № 116-ФЗ. Не стоит забывать и о роли субъектов Российской Федерации, которые также могут конкретизировать в своем законодательстве угрозы экологической безопасности применительно к своей территории.

Под угрозой экологической безопасности следует понимать все виды антропогенной деятельности, природные ситуации, оказывающие вредное воздействие на окружающую среду и представляющие опасность для жизни и здоровья людей. Не следует ограничивать возможные угрозы только хозяйственной деятельностью человека, необходимо помнить и искать пути решения проблем часто возникающих чрезвычайных ситуаций природного характера.

Среди угроз экологической безопасности в недавно принятой Стратегии национальной безопасности названы обострение проблем окружающей природной среды, вероятность распространения эпидемий, вызываемых новыми, неизвестными ранее вирусами, дефицит пресной воды. На состояние национальной безопасности в экологической сфере негативное

воздействие оказывают истощение мировых запасов минерально-сырьевых ресурсов, водных и биологических ресурсов, наличие в Российской Федерации экологически неблагоприятных территорий. Состояние экологической безопасности усугубляется сохранением значительного количества опасных производств, деятельность которых ведет к нарушению экологического баланса, включая нарушение санитарно-эпидемиологических и санитарно-гигиенических стандартов потребляемой населением страны питьевой воды, вне нормативного правового регулирования остаются радиоактивные отходы неядерного топливного цикла и т.д.

К основным причинам возникновения угрозы экологической безопасности отдельные авторы³ относят: практику решения социально-экономических, технологических проблем без учета степени их влияния на сохранение благоприятной среды обитания людей, механизма взаимодействия природы, общества и человека; загрязнение и разрушение природной среды, нарушение экологического равновесия на планете, особенно в регионах интенсивного индустриального развития и освоения природных ресурсов; неэффективная охрана окружающей природной среды, неравномерность экологической и антропогенной нагрузки на территории; отсутствие системы социально-экономических и правовых гарантий возмещения экологического вреда; низкий уровень экологического сознания и экологической культуры; рост экологических правонарушений и отсутствие эффективной системы их пресечения и профилактики.

В этой связи, стратегическими целями обеспечения экологической безопасности и рационального природопользования являются: сохранение окружающей природной среды и обеспечение ее защиты; ликвидация экологических последствий хозяйственной деятельности в условиях возрастающей экономической активности и глобальных изменений климата.

Для противодействия угрозам в сфере экологической безопасности и рационального природопользования силы обеспечения национальной безопасности во взаимодействии с институтами гражданского общества

создают условия для внедрения экологически безопасных производств, поиска перспективных источников энергии, формирования и реализации государственной программы по созданию стратегических запасов минерально-сырьевых ресурсов, достаточных для обеспечения мобилизационных нужд Российской Федерации и гарантированного удовлетворения потребностей населения и экономики в водных и биологических ресурсах.⁴

Кроме того, для обеспечения экологической безопасности (а как следствие и национальной безопасности в целом) Российская Федерация сосредотачивает свои усилия и ресурсы на таких приоритетах, как экология живых систем и рациональное природопользование, поддержание которых достигается за счет сбалансированного потребления, развития прогрессивных технологий и целесообразного воспроизводства природно-ресурсного потенциала страны.

Обращаясь к правовому регулированию экологической безопасности следует отметить, что отношения в данной сфере регулируются нормами административного, гражданского, уголовного, экологического и ряда других отраслей права, совокупность которых определяет правовой режим экологической безопасности. В связи со спецификой рассматриваемых правоотношений, сфера обеспечения экологической безопасности находит свое выражение в большей степени в источниках экологического, международного и административного права.

Международно-правовое регулирование защиты окружающей среды базируется прежде всего на общепризнанных принципах и нормах международного права, закрепленных в Уставе ООН, а также на развивающих и конкретизирующих их специальных (отраслевых) принципах, регламентирующих взаимоотношения государств по различным вопросам охраны окружающей среды.

Впервые на международном уровне исходные начала решения экологических проблем были определены Стокгольмской декларацией

принципов 1972 года. Не обладая обязательной юридической силой, Декларация вместе с тем имеет нормотворческое значение. Что позволило таким известным ученым, как О.С.Колбасов⁵, А.Кисс и др., квалифицировать ее как источник международного экологического права. Установленные в этом акте принципы (взаимного непричинения экологического ущерба, защиты морской среды от загрязнения, предотвращения всемирного ядерного конфликта и другие) получили дальнейшее широкое распространение в международно-правовой практике государств по защите окружающей среды, а также в фундаментальных международно-правовых актах (в первую очередь в Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе).

Международное право закрепляет единые принципы и нормы экологически необходимого поведения государств, которые, в свою очередь, трансформируются в национальное законодательство. В этом процессе следует использовать накопленный положительный международный опыт, воплощенный в международно-правовых документах, создающих основу для формирования концепции международной экологической безопасности. Среди них - Договор об Антарктике 1959 года, Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой 1963 года, Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, 1967 года, Договор о запрещении размещения на дне морей и океанов и в его недрах ядерного оружия и других видов оружия массового уничтожения 1971 года, Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) оружия и токсинов и их уничтожении 1972 года, Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду 1977 года, Венская конвенция о защите озонового слоя 1985 года и Монреальский протокол к ней 1987 года другие.

Важные концептуальные положения, имеющие непосредственное отношение к экологической безопасности и сотрудничеству государств в этой области, содержатся в таких одобренных Генеральной Ассамблеей ООН документах, как Всемирная хартия природы, доклад Международной комиссии по окружающей среде и развитию (МКОСР) «Наше общее будущее», «Экологическая перспектива на период до 2000 г. и далее», резолюция об исторической ответственности государств за сохранение природы Земли для нынешнего и будущих поколений.

К настоящему времени принято более 100 международных нормативных актов в сфере охраны окружающей среды. Вместе с тем, принципиальные основы международного экологического права в комплексном виде до сих пор не сформулированы.

Правовую основу обеспечения экологической безопасности нашей страны составляет Конституция Российской Федерации. Она выполняет фундаментальную, основополагающую роль в регулировании экологических правоотношений, является базой для становления и совершенствования экологического законодательства. Это конституционное закрепление берет свое начало из возложения на государство экологической функции.

В Конституции РФ закреплено право на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и на возмещение ущерба, причиненного здоровью или имуществу экологическим правонарушением, а также обязанность сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58 Конституции РФ). Все перечисленное неразрывно связано с экологической безопасностью.

Таким образом, реализуя экологическую функцию, государство устанавливает конституционную основу защиты жизненно важных интересов человека от возможного негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности, чрезвычайных ситуаций.

Кроме прав и обязанностей в сфере природопользования и экологии в Конституции РФ закреплён и важнейший вопрос разграничения предметов

ведения между федеральным уровнем и уровнем субъектов Российской Федерации. К исключительному ведению Российской Федерации ст.71 Конституции РФ отнесла оборону и безопасность, регулирование и защиту прав и свобод человека и гражданина, установление основ федеральной политики и федеральные программы в области государственного, экологического развития страны, федеральные энергетические системы, ядерную энергетику, расщепляющиеся материалы, стандартизацию, метрологию и т.д.

К совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов в ст. 72 Конституции РФ отнесено обеспечение экологической безопасности, осуществление мер по борьбе с катастрофами, стихийными бедствиями, эпидемиями, ликвидацию их последствий, природопользование, охрана окружающей среды.

Как видим, обеспечение экологической безопасности является сферой совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. Более того, провозглашая право на безопасную, благоприятную окружающую среду, государство берет на себя обязанность по ее обеспечению. Следовательно, необходимы четко прописанные механизмы достижения и поддержания состояния экологической безопасности, в том числе на уровне субъектов РФ. К сожалению, в настоящее время ни Российская Федерация, в целом, ни ее субъекты не имеют четкого плана выполнения данной обязанности.

Статьи 58, 88, 109 Конституции РФ также непосредственно связаны с обеспечением экологической безопасности, т.к. устанавливают правовую основу для введения режима чрезвычайного положения в случае возникновения крупномасштабных чрезвычайных ситуаций.

Основываясь на Конституции РФ, правовое регулирование обеспечения экологической безопасности включает в себя совокупность федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов и нормативных правовых актов субъектов РФ в области безопасности, охраны окружающей среды, защиты населения от

чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера. Среди них особо необходимо отметить такие законы, как Федеральный закон от 5 марта 1992 г. № 2446-1 «О безопасности», Федеральный закон от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера», Федеральный закон от 21 июля 1987 г. № 116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных производственных объектов», Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 117-ФЗ «О безопасности гидротехнических сооружений», Федеральный закон от 21 декабря 1994 г. № 69-ФЗ «О пожарной безопасности» др.

Однако многие важные законы в области экологической безопасности еще только предстоит разработать и принять. Остаются законодательно не урегулированы вопросы, связанные с питьевой водой и питьевым водоснабжением, с экологической безопасностью автомобильного транспорта, со статусом зон экологического бедствия и осуществлении хозяйственной деятельности на их территории и т.п. Не менее нужен и общий закон «Об экологической безопасности». Подготовлен проект федерального закона «Об обязательном противопожарном страховании», сейчас он активно обсуждается общественностью, субъектами Российской Федерации, бизнес-сообществом. Требуется законодательное закрепление механизмов противопожарного страхования, способствующих обеспечению экологической безопасности путем выделения средств на противопожарные мероприятия, а в случае возникновения чрезвычайных ситуаций – на ликвидацию их последствий.

Необходимо внести изменения и дополнения в действующие федеральные законы. Например, в области лицензирования отдельных видов деятельности, налогообложения (относительно требований по обеспечению экологической безопасности и предоставления льгот при введении экологически безопасных технологий), введения инновационных технологий использования нетрадиционных видов энергии, вторичных ресурсов,

переработки отходов, поощрения модернизации производственных объектов на экологически безопасные и т.д.

Вместе с тем, недостаточно только принятия соответствующих норм. Необходимо закрепить четкий механизм их реализации и исполнения.

К превентивным мерам обеспечения экологической безопасности на территории Российской Федерации относится экологическая экспертиза, которая осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 23.11.1995 № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе».

1 января 2007 г. вступили в силу отдельные положения Федерального закона от 18.12.2006 № 232-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», направленные на устранение административных барьеров в целях увеличения объемов жилищного строительства и устанавливающие внесение изменений в законодательство Российской Федерации в области обеспечения экологической и иной безопасности, в частности ликвидацию процедуры государственной экологической экспертизы проектной и проектной документации по строительству объектов хозяйственной и иной деятельности, в том числе особо опасных и технически сложных объектов, реализация которых может оказывать значительное негативное воздействие на окружающую среду, что может привести к ликвидации государственного экологического контроля при строительстве вышеуказанных объектов.

Фактически указанный закон ликвидировал один из главных инструментов предупредительного государственного экологического контроля — государственную экологическую экспертизу, а также сам экологический контроль при строительстве экологически опасных объектов. В результате получилось, что упрощены процедуры экологической оценки при получении разрешений на осуществление градостроительной деятельности, в том числе такой экологически опасной, как строительство атомных электростанций, масштабных гидротехнических сооружений,

нефтепроводов, химических и металлургических предприятий. При этом отдельные проекты, реализация которых не предполагает создания объектов капитального строительства, в том числе в сфере природопользования, а также проекты рекультивации земель, проекты консервации и ликвидации особо опасных и технически сложных объектов в настоящее время вообще не подлежат проверке на соответствие природоохранным требованиям. В то же время преодоление избыточных административных барьеров, ограничивающих или препятствующих инвестиционной деятельности, не должно негативно отражаться на состоянии окружающей среды.

В соответствии со ст. 3 и п. 1 ст. 32 Федерального закона от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» проведение оценки воздействия на окружающую среду при принятии решений об осуществлении хозяйственной и иной деятельности, которая может оказать прямое или косвенное воздействие на окружающую среду, обязательно. Поэтому в состав документов, необходимых для проведения государственной экспертизы проектной документации, должны быть включены и материалы оценки воздействия на окружающую среду.

Необходимо восстановить процедуру государственной экологической экспертизы применительно к особо опасным и технически сложным объектам хозяйственной и иной деятельности, а также включить требования о разработке материалов оценки воздействия на окружающую среду в составе проектной документации для указанных объектов.

Реализация данного предложения позволит обеспечить соблюдение российских и международных принципов в области охраны окружающей среды и усилить комплексный подход к оценке воздействия на окружающую среду деятельности по строительству особо опасных и технически сложных объектов до принятия решения о начале реализации данных объектов.

Применение закона позволяло проводить комплексную оценку намечаемой хозяйственной и иной деятельности, выявлять факторы негативного антропогенного воздействия на окружающую среду и здоровье

человека и вырабатывать меры по их устранению или минимизации. Данная процедура позволяет реализовывать на практике конституционные права граждан на благоприятную окружающую среду, на получение достоверной информации о ее состоянии, а также права граждан и общественных объединений на участие в принятии экологически значимых решений.

Отрицательные последствия строительства таких опасных объектов, как, например, атомные и гидроэлектростанции, нефтепроводы, химические и нефтехимические предприятия, при недооценке экологических факторов проявятся в среднесрочной и долгосрочной перспективе.

Изменения, происходящие в социально-экономическом развитии Российской Федерации, требуют особого внимания к вопросам обеспечения экологической безопасности. В связи с этим необходимо уточнение роли мер, проводимых государством для ее обеспечения, построение эффективной системы принятия экологически значимых решений, особенно в отношении намечаемой экологически опасной хозяйственной и иной деятельности путем внесения изменений и дополнений в действующее законодательство, принятия новых нормативных правовых актов.

¹ Жаворонкова Н.Г. Правовое обеспечение экологической безопасности // Аграрное и земельное право. – 2006. - № 12. – с. 39.

² Лопатин В. Н. Законодательство в области экологической безопасности как объект прокурорского надзора // Материалы науч.-практ. конф. «Роль прокуратуры и контролирующих органов в обеспечении экологической безопасности», 19–20 дек. 2003 г. – СПб., 2004

³ Чертова Н.А. Конституционно-правовые основы обеспечения экологической безопасности Российской Федерации: на опыте северных регионов. Автореферат дисс...доктора юридических наук. – М., 2007.- с.18.

⁴ п. 88 Стратегии национальной безопасности

⁵ Колбасов О.С. Международно-правовая охрана окружающей среды. - М., 1982.-С. 31-43.

СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ БУХГАЛТЕРСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ РАСХОДОВ

ОБУХОВА Т.И.,

*старший преподаватель кафедры административного и
финансового права,*

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

***Ключевые слова:** Бухгалтерская экспертиза расходов – это исследование и решение опытными специалистами вопросов бухгалтерского и налогового учета расходов, момента их признания и законности отнесения на себестоимость.*

Экспертиза судебная – это анализ сведущим лицом по заданию суда или следователя предоставленных в его распоряжение различных документов (вещественных доказательств) с целью установления фактических данных, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Расходы – это экономически обоснованные, документально подтвержденные затраты коммерческой организации, произведенные ей для осуществления деятельности, предусмотренной учредительскими документами.

В статье анализируется состояние бухгалтерской экспертизы расходов организаций на современном этапе развития страны. Автор отмечает, что возможности бухгалтерской экспертизы, как метода финансового контроля, используются только следственными органами и судами. Приведены конкретные примеры, в которых заключение

бухгалтерской экспертизы являлось доказательной базой при рассмотрении дел арбитражными судами.

Поэтому автор уделяет особое внимание тем случаям, где можно эффективно использовать бухгалтерскую экспертизу, как метод финансового контроля.

В статье раскрыты причины недостаточного использования бухгалтерской экспертизы расходов на современном этапе. Особо подчеркнут неоднозначный подход к осуществлению данного метода контроля у собственников организаций.

Keywords:

Accounting Expertise costs - the study and solution of experienced specialists on accounting and tax reporting costs, since their recognition and legitimacy for inclusion in the cost.

Forensic expertise - an analysis of the knowledgeable person on the instructions of the court or the investigator at its disposal various documents (evidence) to establish the evidence relevant to the proper settlement of the case.

Costs - it is economically reasonable, documented costs of a commercial organization, it made for activities under the constituent documents.

The article examines the state of accounting expertise costs of organizations at the present stage of development. The author notes that the possibility of accounting expertise, as a method of financial control, use only the investigating authorities and courts. The concrete examples in which the conclusion of accounting expertise is evidence-base in cases of arbitration courts.

Therefore, the author pays particular attention to those cases where you can effectively use accounting expertise, as a method of financial control.

The article deals with the reasons for the underutilization of cost accounting expertise at the present stage. Particularly highlighted the ambiguous approach to the implementation of this method of control from the owners of organizations.

Борьба с правонарушениями в сфере экономики является одной из важнейших проблем, нуждающихся в первоочередном решении. На современном этапе актуальность ее с каждым днем возрастает, поэтому возникает острая необходимость поиска новых видов и методов финансового контроля и совершенствования уже действующих его видов и методов, например, таких как бухгалтерская экспертиза.

Бухгалтерская экспертиза как вид финансового контроля возникла еще в царской России. Упоминания об использовании знаний бухгалтера в судопроизводстве России активно встречаются в XIX веке.

На современном этапе развития нашей страны возрастает потребность в проведении бухгалтерской экспертизы расходов, прежде всего при рассмотрении гражданских дел арбитражными судами страны, что подтверждают следующие данные: в 2006 году проведения бухгалтерской экспертизы расходов потребовали арбитражные суды при рассмотрении дел только в 25 случаях. В 2007 году необходимость в проведении бухгалтерской экспертизы возникла уже в 174 случаях при рассмотрении дел арбитражными судами, а в 2008 году при рассмотрении арбитражными судами 378 дел использовались данные бухгалтерской экспертизы расходов. 1

Бухгалтерская экспертиза назначается при рассмотрении дел по искам юридических лиц друг к другу, физических лиц к юридическим лицам, физических и юридических лиц к государственным и муниципальным организациям. Заключение экспертов-бухгалтеров используется в качестве доказательства:

- при определении доли участников в уставном капитале обществ;
- при определении расходов на строительно-монтажные работы;
- при рассмотрении споров по необоснованному обогащению;
- при рассмотрении налоговых споров по доначислению налогов;
- при подтверждении прочих расходов на производство и реализацию продукции.

Практика показывает, что расследование и рассмотрение многих гражданских дел, перечисленных выше, и уголовных дел о хозяйственных преступлениях проводятся при непосредственном участии экспертов-бухгалтеров. Их заключения помогают суду принять объективное решение по рассматриваемым делам либо отказать в исковых требованиях.

Например, 25 декабря 2008 г. Арбитражный суд Краснодарского края вынес решение об отказе по делу № А-32-3908/2007-52/60-2008-24/152 по иску ООО «Центральный рынок» г. Анапы к индивидуальному предпринимателю Туранкову А.В. о взыскании необоснованного обогащения в связи с неоплатой стоимости коммунальных и сервисных услуг в размере 218383 руб. 15 коп. Для установления размера фактически произведенных ООО «Центральный рынок» расходов по содержанию мест общего пользования рынка определением суда от 12 августа 2008 г. была назначена бухгалтерская экспертиза. Представленные истцом первичные документы, подтверждающие фактически произведенные расходы по содержанию мест общего пользования рынка, не позволили экспертам-бухгалтерам определить размер фактически произведенных ООО «Центральный рынок» расходов по содержанию мест общего пользования. Учитывая нормы ст. 65 АПК РФ о доказательстве лицом, участвующем в деле, обстоятельств, которые являются основанием его требований о размере необоснованного обогащения, суд и вынес решение об отказе в удовлетворении требований истца.

26 декабря 2008 года Арбитражный суд Самарской области вынес решение по иску граждан Пинус Л.Е. и Клепиковой Т.В. к ООО «Универсаль» о взыскании в их пользу действительной стоимости доли активов данного общества. Истцы Пинус Л.Е. и Клепикова Т.В. вышли из участников фирмы, но им не была выплачена стоимость части имущества фирмы, пропорционально их доли в уставном фонде, что и побудило их обратиться с иском в суд. В связи с тем, что ответчик не признал исковые требования, судом была назначена комплексная строительно-техническая

судебно-бухгалтерская экспертиза. Перед экспертами-бухгалтерами был поставлен на разрешение вопрос о рыночной стоимости объекта недвижимости нежилого помещения площадью 917,5 кв. м и определении действительной стоимости долей истцов. Эксперт-бухгалтер в заключении определил рыночную стоимость нежилого помещения и установил, что из-за отсутствия данных по учету дебиторской и кредиторской задолженности и учету основных средств, определить действительную стоимость долей истцов не представляется возможным. На основании данного заключения эксперта-бухгалтера суд принял решение о том, что ценой иска следует считать сумму, предъявленную истцами, и обязал ответчика возместить ее истцам.

27 марта 2008 г. по делу № А57-2524/07 Федеральный арбитражный суд Поволжского округа удовлетворил заявление о признании недействительным решения МИФНС № 9 по Саратовской области в части привлечения к ответственности за неуплату налога на прибыль ОАО «Горизонт» из-за завышения прямых затрат. Это произошло потому, что судебно-бухгалтерская экспертиза, проведенная по инициативе суда, подтвердила правильность ведения учета по налогу на прибыль данным налогоплательщиком, соответствие его требованиям ст. 313, 314 Налогового кодекса РФ.

Открытое акционерное общество обратилось в Арбитражный суд Кировской области с заявлением о признании недействительным решения Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 3 по Кировской области от 11.02.2005 г № 52, о том, что Общество, по мнению проверяющих, документально не подтвердило понесенные расходы на консультационные расходы, оказанные ООО «Ю»; расходы сотовой связи, оказанные «Билайн». Арбитражный суд Кировской области рассмотрел дело №А28-4833/2005-137/18 7 июня 2005 г. Назначив бухгалтерскую экспертизу и рассмотрев заключение эксперта-бухгалтера, суд пришел к выводу, что Межрайонная инспекция Федеральной налоговой службы №3 по Кировской области

необоснованно доначислила ОАО налог на прибыль, пени и штрафы за несвоевременность его уплаты. МИФНС России № 3 по Кировской области обращалось с апелляционной и кассационной жалобами в соответствующие Арбитражные суды. 19 декабря 2005 г. Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа оставил без изменения решение Арбитражного суда по Кировской области по данному делу, а кассационную жалобу Межрайонной инспекции ФНС № 3 по Кировской области без удовлетворения.

Анализ решений и постановлений Арбитражных судов подтверждает, что бухгалтерская экспертиза является одним из основных видов доказательств при рассмотрении гражданских и арбитражных дел о признании произведенных расходов.

Практика показывает, что основная часть гражданских и уголовных дел, касающихся нарушений в сфере экономики, возбуждается на основании актов ревизий. При расследовании таких дел следственные органы также используют в качестве доказательств заключения экспертов-бухгалтеров, в которых даются ответы на все поставленные следствием вопросы в пределах специальных познаний эксперта-бухгалтера с точным указанием фактических обстоятельств совершенного финансового нарушения.

В органах внутренних дел РФ бухгалтерская экспертиза отнесена к классу судебно-экономических экспертиз, которые считаются одним из самых «молодых» экспертных направлений. Исторически сложилось так, что в системе МВД России это направление получило развитие только в 90-е годы прошлого века. Начальник Управления судебно-экономических экспертиз ЭКЦ МВД России Э. Ф. Мусин говорит о том, что на современном этапе развития страны почти во всех территориальных подразделениях МВД РФ созданы подразделения, производящие бухгалтерские экспертизы. Этот процесс начался в 1993 г. с создания такого подразделения в УВД Томской области.²

К сожалению, по мнению автора, на современном этапе возможности бухгалтерской экспертизы используются, в основном, только при расследовании или судебном рассмотрении дел об экономических преступлениях, возмещении материального ущерба, определении размера расходов на строительство, доначисления налогов и т. д.

Автор считает, что в условиях кризиса в экономике поиск новых доходов и путей сокращения расходов коммерческих организаций без проведения бухгалтерской экспертизы маловероятен.

В настоящее время основным способом повышения доходов, который применяют коммерческие организации, по мнению автора, является повышение цен и тарифов, так как повысить производительность труда из-за изношенности и практического отсутствия обновления парка основных фондов коммерческие организации не могут. Для модернизации производства и применения нанотехнологий у них также отсутствуют средства. Выявить истинное состояние дел в использовании этих основных источников повышения доходов поможет бухгалтерская экспертиза. Причем проводить ее должны опытные эксперты-бухгалтеры, привлеченные со стороны, так как они способны дать объективную оценку финансового состояния организации, выявить, так называемые, слабые звенья.

Следующим фактором, оказывающим существенное влияние на экономическое состояние коммерческих организаций, по мнению автора, является оптимизация и сокращение их расходов. Главный выход в решении данного вопроса коммерческие организации страны на современном этапе видят только в сокращении штатов, потому что сократилась реализация выпускаемой продукции из-за:

- снижения покупательской способности;
- низкой конкурентоспособности выпускаемой коммерческими организациями продукции.

Автор отмечает, что только бухгалтерская экспертиза расходов сможет дать исчерпывающий ответ: как оптимизировать расходы в каждой

конкретной коммерческой организации и сокращение каких расходов позволит достигнуть максимального экономического эффекта.

В условиях кризиса Правительством страны для оздоровления экономики оказывается адресная помощь коммерческим организациям. Признавая важность других видов контроля, предлагаем перед принятием решения об оказании помощи таким организациям проводить бухгалтерскую экспертизу доходов и расходов тех коммерческих организаций, которым выделяются средства на оздоровление экономики.

Использование специальных познаний экспертов-бухгалтеров в решении этих проблем позволит в полной мере оценить признаки искажений экономической информации, определить и измерить возникшие из-за этого негативные экономические явления и ситуации, выявить их влияние на финансовые результаты деятельности коммерческих организаций и соответственно принять правильное управленческое решение.

Автор отмечает, что недостаточное использование такого вида финансового контроля, как бухгалтерская экспертиза расходов, обусловлено также отсутствием достаточной нормативно-методической базы, регламентирующей порядок ее проведения. Это заставляет каждого эксперта-бухгалтера начинать данный процесс как бы заново. Поскольку проведение бухгалтерской экспертизы процесс трудоемкий и продолжительный по времени, то у эксперта-бухгалтера из-за поисков методов и способов проведения экспертизы ограничивается время на ее проведение или снижается качество ее проведения. Таким образом, потребности современного общества заключаются не только в развитии общей теории бухгалтерской экспертизы, но и в совершенствовании практики ее проведения. Определяющую роль в этом процессе призваны сыграть интеграция и дифференциация научного знания, расширение и углубление использования положений фундаментальных экономических наук в экспертной практике. В общих вопросах теории и методологии бухгалтерская экспертиза опирается на разработки пограничных разделов отраслевых

экономических наук таких, как контроль и ревизия, экономический анализ, аудит, а в решении практических вопросов у нее нет аналогов, и она является самостоятельным, своеобразным видом финансового контроля.

Отсутствие жесткого регулирования бухгалтерского учета со стороны государства и передача предприятиям определенных прав отражения в отчетности своего экономического состояния в соответствии со спецификой деятельности и экономическими интересами также не способствует широкому применению такого вида контроля, как бухгалтерская экспертиза.

Немаловажное значение, по мнению автора, в расширении возможностей использования бухгалтерской экспертизы расходов, может иметь и специальная профессиональная подготовка кадров для ее проведения. В настоящее время опытные бухгалтера, как правило, не занимаются проведением бухгалтерской экспертизы, в связи с занятостью на основном рабочем месте. Бухгалтерские кадры, имеющие небольшой опыт или совсем его не имеющие, не обладают достаточной компетентностью, для того чтобы обосновать выводы бухгалтерской экспертизы и выразить профессионально суждение о произведенных расходах, их законности и обоснованности. Автор отмечает, что документальная проверка является основным методом бухгалтерской экспертизы, что требует от эксперта-бухгалтера специальных познаний в следующих областях наук:

- по бухгалтерскому учету – нормативно-правовой материал, регулирующий бухгалтерский учет; международные стандарты учета и отчетности; производственный процесс и особенности документооборота в нем; особенности процесса калькулирования себестоимости готовой продукции; порядок учетного процесса и документооборота и т. д.

- по аудиту – способы восстановления учета; методы аудита.

- по юриспруденции – нормативный материал, регулирующий юридические основы деятельности организации; основы расследования; приемы распознавания недоброкачественных документов и т. д.

Изучение бухгалтерского учета и аудита в юридических вузах России считается студентами, как бы второстепенным, так как эти науки там не являются профилирующими. Такое же отношение у студентов к изучению гражданского, земельного и других отраслей права в экономических вузах. Кроме того, по мнению автора, такое отношение студентов к изучению непрофилирующих наук вызвано отсутствием связей процесса обучения с процессом производства и сбыта, не говоря уже с процессом расследования экономических преступлений.

Отсутствие специальных познаний в этих областях наук, приемов и методов выявления злоупотреблений является причиной поверхностной и неэффективной экспертизы.

Бухгалтерская экспертиза является последующим видом контроля, т. е. в ее процессе исследуются документы, подтверждающие и обосновывающие расходы. Для эксперта-бухгалтера документ имеет значение письменного доказательства. Качество документов, как письменного свидетельства о фактическом совершении хозяйственной операции, во многих организациях не очень высокое. Автор считает, что это обусловлено, с одной стороны, тем, что сокращается перечень унифицированных форм документов, предназначенных фиксировать хозяйственные операции о расходовании средств, сырья, материалов и т. д., а с другой стороны, возможность, предоставленная организациям в разработке таких документов, не предусматривает мер ответственности за отсутствие необходимой информации в документах. Поэтому для сокращения времени проведения бухгалтерской экспертизы и улучшения качества ее проведения считаем, что необходимо обратить внимание на разработку унифицированных документов по бухгалтерскому и налоговому учету расходов организаций.

Еще одной причиной использования внесудебной бухгалтерской экспертизы в полной мере, по мнению автора, является недостаточное

освещение данного вопроса в средствах массовой информации, таких как специальные экономические и юридические издания, прежде всего.

Самой главной причиной неиспользования внесудебной бухгалтерской экспертизы является отсутствие денежных средств у предприятий малого и среднего бизнеса на ее оплату, так как это дорогостоящее мероприятие.

Таким образом, на современном этапе экономического развития России возможности бухгалтерской экспертизы расходов не используются пользователями экономической информации в достаточной степени, что обусловлено объективными и субъективными причинами, перечисленными выше.

1. <http://assys.arbc.ru/bras/filepage.asp?...>

2. Интервью. О современной практике использования экономических знаний при выявлении и расследовании экономических преступлений //Нормативные акты для бухгалтера.- 2009.- № 12.

ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ РАЗВИТИЯ УПРОЩЕННОЙ СИСТЕМЫ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ В РОССИИ

РАХМАТУЛЛИНА О.В.,

преподаватель кафедры административного и финансового права,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: *упрощенная система налогообложения, специальный налоговый режим, малый бизнес, «перестройка», рыночные отношения.*

Особую роль в решении задачи повышения темпов роста экономики в Российской Федерации играет развитие малого предпринимательства. Для чего необходимо создание адекватных условий, одним из которых является упрощенная система налогообложения. Автор в своей статье рассматривает основные условия и причины возникновения, а также динамику развития упрощенной системы налогообложения в России.

Keywords: *simplified taxation system, special tax regime, small business, “Perestroika”, market relationships.*

The development of small businesses is one of the key aspects in the process of enhancing the economic growth of the Russian Federation. A simplified taxation system provides adequate conditions for the implementation of this development. The author of the article examines the rationale and settings, as well as the dynamics of the development of the simplified taxation system in Russia.

Упрощенная система существует как альтернатива общепринятой системе налогообложения, отличающейся большим количеством различных налогов и сложностью их расчета. Каждый современный бизнесмен или предприниматель знаком с противоречивостью и запутанностью налогового законодательства, устанавливающего многообразие видов налогов и сборов, имеющих различные алгоритмы их расчета и уплаты. Очевидно, что одной из целей, преследуемых законодателем, было упрощение процесса исчисления налогов для организаций малого бизнеса.

Сущность упрощенной системы налогообложения (далее УСН) заключается в том, что уплата ряда налогов налогоплательщиками, перешедшими на упрощенную систему налогообложения, заменяется уплатой единого налога, исчисляемого в порядке, установленном НК РФ.

Историю развития упрощенной системы налогообложения в России условно можно разделить на 3 этапа:

1). Со второй половины 80-х годов 20 века до 1995 года – когда формировались лишь предпосылки для создания данного специального налогового режима.

2). С 1995 года до 2003 год – в данный период был принят Федеральный закон РФ «Об упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства».

3). С 2003 года до наших дней – в данный период в Налоговый кодекс РФ была введена новая глава 26.2 «Упрощенная система налогообложения».

Для наилучшего понимания упрощенной системы налогообложения как специального налогового режима, для выявления коллизий в законодательстве и улучшения данного специального налогового режима необходимо изучить каждый этап её развития.

На протяжении многих десятилетий в России господствовала экономическая теория о более высокой эффективности труда при повышении концентрации производства и концентрации капитала. Это приводило к тому,

что в нашей стране строились заводы-гиганты, крупные производственные объединения, мелкие производства объединялись в более крупные, тем самым прекращая своё существование. Но на практике данная концепция не подтвердилась, так как тотальное огосударствление всех сфер экономики в сочетании с концентрацией основных средств производства привели к товарному дефициту, а в дальнейшем и к финансовому кризису, который начался во второй половине восьмидесятых годов.

В борьбе с разразившимся финансовым кризисом были использованы такие методы как: разгосударствление, акционирование предприятий, приватизация. Но в первые годы, они мало что изменили. В середине 90-х годов всё еще господствовали предприятия-монополисты. И лишь позднее произошёл выход малого предпринимательства на свободный рынок товаров, работ и услуг. Именно с этого времени в России появилась реальная конкуренция, служащая основой развития экономики. Роль малого бизнеса в данном случае заключалась в том, что с одной стороны, создались условия для эффективного, эластичного спроса, а с другой – создался эффект превышающего предложения, над спросом. Также, в начале 90-х годов 20 века малый бизнес предотвратил высокую безработицу в России.

Малое предпринимательство как социально-экономическая категория возникло в СССР во второй половине 80-х годов прошлого столетия и стало неотъемлемой частью начатой в стране «перестройки» экономической и политической системы общества. Всё это привело к необходимости поддержать малый бизнес в его дальнейшем развитии, причём на государственном уровне.

В 1986 году в Законе СССР «Об индивидуальной трудовой деятельности» личная собственность, не используемая ранее в интересах общества, приобрела производительный характер, оставив весьма существенную долю в производстве ряда товаров и услуг. Основные сферы, в которых можно было заниматься индивидуальной трудовой деятельностью,

были закреплены в этом законе, например, «в сфере кустарно-ремесленных промыслов допускалось изготовление:

- 1) одежды, обуви, головных уборов, меховых, швейных и галантерейных изделий;
- 2) пряжи, тканых материалов, вязаных и вышитых изделий;
- 3) мебели, других столярных изделий;
- 4) ковров и ковровых изделий;
- 5) гончарных и керамических изделий;
- 6) игрушек и сувениров;
- 7) предметов хозяйственной утвари, садово-огородного инвентаря;
- 8) рыболовных снастей (кроме снастей, использование которых запрещено);
- 9) изделий из дерева, бумаги, кости, камыша, лозы, соломы, тростника и иных материалов»¹.

Принятие Закона СССР «О кооперации в СССР» дало мощный толчок развитию кооперативов. Было закреплено, что в системе социалистической кооперации функционируют кооперативы двух основных типов: производственные и потребительские. Для кооперативов были предоставлены льготы по платежам в бюджет: «В целях стимулирования производства необходимой населению и народному хозяйству продукции (работ, услуг) и снижения на нее цен (тарифов) местными Советами народных депутатов и другими государственными органами могут устанавливаться льготы по налогообложению доходов кооперативов, их членов, а также лиц, работающих в них по трудовому договору, в порядке, определяемом законодательством Союза ССР. В случае если часть дохода (прибыли) кооператива направляется в Советский детский фонд имени В. И. Ленина, Советский фонд мира, Советский фонд культуры и на другие благотворительные цели, она налогообложению не подлежит»². Всё это привело к оттоку в кооперативы квалифицированной рабочей силы из государственных предприятий.

В соответствии с положением об организации деятельности малых предприятий (Протокол № 6 Заседания Комиссии по совершенствованию хозяйственного механизма при Совете Министров СССР, июнь 1988г.) был введен упрощенный порядок создания и регистрации малых предприятий.

Закон СССР «О предприятиях в СССР» установил равенство организационно-правовых форм предприятий, основанных на любой форме собственности. Было установлено, что могут действовать следующие виды предприятий: «1. основанные на собственности советских граждан - индивидуальное, семейное предприятия; 2. основанные на коллективной собственности - коллективное предприятие; производственный кооператив, предприятие, принадлежащее кооперативу; предприятие, созданное в форме акционерного общества и иного хозяйственного общества или товарищества либо принадлежащее такому обществу или товариществу; предприятие общественной организации; предприятие религиозной организации; 3. основанные на государственной собственности - государственное союзное предприятие; государственное республиканское предприятие (союзной республики); государственное предприятие автономной республики, автономной области, автономного округа; государственное коммунальное предприятие»³.

Постановлением Совета Министров СССР «О мерах по созданию и развитию малых предприятий» были определены основные нормативные документы для государственной регистрации малых предприятий, определены налоговые льготы для малого бизнеса: «до введения в действие Закона СССР "О налогах с предприятий, объединений и организаций": вновь создаваемые малые предприятия, кроме кооперативов, освобождаются от платежей в бюджет из прибыли (дохода)»⁴, льготный порядок амортизации. Указанный акт дал мощный толчок развитию малого бизнеса в стране. В начале 1990 года в стране насчитывалось 200 тысяч малых предприятий и на них было занято 4,9 миллионов человек.

Указом Президента РФ «Об организованных мерах по развитию малого и среднего бизнеса в Российской Федерации» Правительству РФ было поручено подготовить проекты законодательных актов, необходимых для создания благоприятных условий развития малого и среднего бизнеса, в том числе по:

- внесению изменений в налоговую систему, направленных на формирование необходимой базы малого и среднего бизнеса и повышения заинтересованности производственной сферы;

- финансово-кредитному регулированию, предусматривающему выделение централизованных кредитных ресурсов и льготное кредитование приоритетных направлений развития производства промышленных товаров народного потребления и продуктов питания, образование при участии средств федерального бюджета специальных фондов поддержки малого и среднего бизнеса;

- организация сети специализированных банков с участием государственных средств для кредитно-расчетного обслуживания малого и среднего бизнеса;

- страхованию высокоэффективных программ с высокой степенью риска путём образования государственных страховых фондов и резервов;

- обеспечению гарантий для иностранных инвестиций по развитию предпринимательства.

В 1993 году был принят Указ Президента РФ «О некоторых изменениях в налогообложении и взаимоотношениях бюджетов различных уровней», который установил некоторые льготы для субъектов предпринимательства: «в целях стимулирования развития малого предпринимательства установить, что в первые два года работы не уплачивают налог на прибыль вновь созданные малые предприятия (включая созданные до 1 января 1994 г.), осуществляющие производство и переработку сельскохозяйственной продукции, производство продовольственных товаров, товаров народного потребления, медицинской

техники, лекарственных средств и изделий медицинского назначения, технических средств профилактики инвалидности и реабилитации инвалидов, а также строительство объектов жилищного, производственного, социального и природоохранного назначения (включая ремонтно-строительные работы), при условии, если выручка от указанных видов деятельности превышает 70 процентов общей суммы выручки от реализации ими продукции (работ, услуг)»⁵.

Огромное значение для развития предпринимательской деятельности в нашей стране стало принятие Федерального закона «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации». В нём было определено понятие субъектов малого предпринимательства, под которыми понимались «коммерческие организации, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов не превышает 25 процентов, доля, принадлежащая одному или нескольким юридическим лицам, не являющимся субъектами малого предпринимательства, не превышает 25 процентов и в которых средняя численность работников за отчетный период не превышает следующих предельных уровней (малые предприятия): в промышленности - 100 человек; в строительстве - 100 человек; на транспорте - 100 человек; в сельском хозяйстве - 60 человек; в научно-технической сфере - 60 человек; в оптовой торговле - 50 человек; в розничной торговле и бытовом обслуживании населения - 30 человек; в остальных отраслях и при осуществлении других видов деятельности - 50 человек»⁶.

В связи с принятием данного закона для субъектов малого предпринимательства были установлены налоговые льготы:

- действующая налоговая ставка по налогу на прибыль организаций, зачисляемого в федеральный бюджет, в размере 13%, была снижена до 8% - для банков, предоставляющих не менее 50 процентов общей суммы кредитов крестьянским (фермерским) хозяйствам, колхозам, совхозам и другим

сельскохозяйственным предприятиям, перерабатывающим сельскохозяйственную продукцию, а также малым предприятиям (за исключением осуществляющих снабженческо-сбытовую, торговую или закупочную деятельность);

- для страховщиков, которые не менее 50 процентов страховых взносов за отчетный период получено от страхования имущественных интересов крестьянских (фермерских) хозяйств, колхозов, совхозов и других сельскохозяйственных предприятий и малых предприятий.

От налога на добавленную стоимость были освобождены платежи малых предприятий по лизинговым сделкам в полном объеме, а также проценты по краткосрочным займам, выдаваемым фондами поддержки малого предпринимательства субъектами малого предпринимательства.⁷

И, наконец, 29 декабря 1995 года был принят Федеральный закон РФ «Об упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства», которым с 1 января 1996 года вводился в действие специальный налоговый режим «Упрощенная система налогообложения». Данный закон определил правовые основы введения и применения упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства - юридических лиц и физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (далее, индивидуальные предприниматели). Был установлен добровольный переход на данный специальный налоговый режим и возврата к общей системе налогообложения.

Существовали следующие условия для перехода на упрощенную систему налогообложения:

1). Предельная численность работников – не более 15 человек. Причём, для организаций в неё включалась и численность работающих в их филиалах и подразделениях.

2). Субъекты малого предпринимательства имели право в предусмотренном Федеральным законом порядке перейти на упрощенную

систему налогообложения, учета и отчетности, если в течение года, предшествующего кварталу, в котором произошла подача заявления на право применения упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности, совокупный размер валовой выручки данного налогоплательщика не превышал суммы стотысячекратного минимального размера оплаты труда⁸, установленного законодательством Российской Федерации на первый день квартала, в котором произошла подача заявления.

Вновь созданная организация или вновь зарегистрированный индивидуальный предприниматель, подавшие заявление на право применения упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности, считались субъектами упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности с того квартала, в котором произошла их официальная регистрация.

В данном акте были установлены ограничения для некоторых типов организаций, которым запрещалось применять упрощенную систему налогообложения, так в соответствии с п.2 ст.2 Закона «под действие упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности не подпадают организации, занятые производством подакцизной продукции, организации, созданные на базе ликвидированных структурных подразделений действующих предприятий, а также кредитные организации, страховщики, инвестиционные фонды, профессиональные участники рынка ценных бумаг, предприятия игорного и развлекательного бизнеса и хозяйствующие субъекты других категорий, для которых Министерством финансов Российской Федерации установлен особый порядок ведения бухгалтерского учета и отчетности».

Основным преимуществом упрощенной системы налогообложения стала замена уплаты ряда налогов единым налогом. Применение упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности организациями предусматривало замену уплаты совокупности установленных законодательством Российской Федерации федеральных, региональных и

местных налогов и сборов уплатой единого налога, исчисляемого по результатам хозяйственной деятельности организаций за отчетный период.

Применение упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности индивидуальными предпринимателями предусматривало замену уплаты установленного законодательством Российской Федерации подоходного налога на доход, полученный от осуществляемой предпринимательской деятельности, уплатой стоимости патента на занятие данной деятельностью.

Также упрощался порядок ведения учёта и отчётности, в частности, организациям предоставлялось право оформления первичных документов бухгалтерской отчетности и ведения книги учета доходов и расходов по упрощенной форме, в том числе без применения способа двойной записи, плана счетов и соблюдения иных требований, предусмотренных действующим положением о ведении бухгалтерского учета и отчетности.

Объектом обложения единым налогом организаций в упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности в соответствии с Законом 222-ФЗ устанавливался совокупный доход, полученный за отчетный период (квартал), или валовая выручка, полученная за отчетный период. Выбор объекта налогообложения осуществлялся органом государственной власти субъекта Российской Федерации.

При этом, совокупный доход исчислялся как разница между валовой выручкой и стоимостью использованных в процессе производства товаров (работ, услуг) сырья, материалов, комплектующих изделий, приобретенных товаров, топлива, эксплуатационных расходов, текущего ремонта, затрат на аренду помещений, используемых для производственной и коммерческой деятельности, затрат на аренду транспортных средств, расходов на уплату процентов за пользование кредитными ресурсами банков (в пределах действующей ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации плюс 3 процента), оказанных услуг, а также сумм налога на добавленную стоимость, уплаченных поставщикам, налога на приобретение

автотранспортных средств, отчислений в государственные социальные внебюджетные фонды, уплаченных таможенных платежей, государственных пошлин и лицензионных сборов.

Для субъектов малого предпринимательства, применяющих упрощенную систему налогообложения, учета и отчетности, устанавливались следующие ставки единого налога на совокупный доход, подлежащего зачислению:

- в федеральный бюджет - в размере 10 процентов от совокупного дохода;
- в бюджет субъекта Российской Федерации и местный бюджет - в суммарном размере не более 20 процентов от совокупного дохода.

В случае, когда объектом налогообложения для субъектов малого предпринимательства определенных категорий являлась валовая выручка, устанавливались следующие ставки единого налога, подлежащего зачислению:

- в федеральный бюджет - в размере 3,33 процента от суммы валовой выручки;
- в бюджет субъекта Российской Федерации и местный бюджет - в размере не более 6,67 процента от суммы валовой выручки.

Таким образом, организации и индивидуальные предприниматели, применяющие упрощенную систему налогообложения, не были поставлены в равные условия, что приводило к недовольству со стороны субъектов малого предпринимательства.

При применении упрощенной системы налогообложения для физических лиц, являющихся предпринимателями без образования юридического лица, необходимо было руководствоваться следующим:

- переход индивидуальных предпринимателей по их заявлениям на работу по патенту взамен общеустановленного порядка уплаты подоходного налога с физических лиц не лишал их права отказаться от этой системы и

возвратиться к уплате подоходного налога согласно Закону Российской Федерации "О подоходном налоге с физических лиц";

- финансовые органы с привлечением налоговых органов обязаны были разработать и представить на утверждение органам государственной власти субъектов Российской Федерации расчеты стоимости патентов по видам предпринимательской деятельности, осуществляемым на территории соответствующего субъекта Федерации;

- расчеты стоимости патентов должны были производить исходя из средних по территории соответствующего субъекта Российской Федерации данных о фактических средних суммах совокупного годового дохода по группе лиц, осуществляющих тот или иной вид предпринимательской деятельности. При первичном определении среднего годового совокупного дохода в основу должны были быть положены данные за 1995 год, имеющиеся в декларациях граждан и материалах обследований, произведенных налоговыми органами.

Пример расчета стоимости патентов для индивидуальных предпринимателей:

а) средний совокупный годовой доход лиц, занятых данным видом предпринимательской деятельности, по данным деклараций граждан о доходах и по материалам обследований налоговыми органами - 50 000 000 руб.

б) средняя сумма расходов, связанных с осуществлением данного вида предпринимательской деятельности, - 1 000 000 руб.

в) облагаемый доход (а-б) - 49 000 000 руб.

г) ставка налога - 30%.

д) возможный размер стоимости патента в год - 14 700 000 руб.⁹

При занятии гражданами одновременно несколькими видами предпринимательской деятельности патент должен быть оплачен отдельно по каждому виду такой деятельности с соответствующими размерами стоимости каждого из патентов.

Для реализации положений Федерального закона, изложенных выше, Государственная налоговая служба Российской Федерации предлагала налоговым инспекциям по субъектам Российской Федерации незамедлительно провести следующие мероприятия:

- «налоговым инспекциям по субъектам Российской Федерации совместно с финансовыми органами разработать и внести предложения органам государственной власти субъектов Российской Федерации о принятии решений, вытекающих из упомянутого Закона;
- организовать широкую кампанию по информированию налогоплательщиков о законодательстве по переходу субъектов малого предпринимательства на упрощенную систему налогообложения, учета и отчетности;
- провести семинар - совещание с работниками госналоговинспекций по изучению этого Закона и порядку его реализации;
- изготовить типографским способом бланки документов, формы которых прилагаются к настоящему письму, и обеспечить ими налоговые органы;
- организовать работу по выдаче патентов налоговыми органами в строгом соответствии с положениями названного Федерального закона;
- обеспечить сохранность бланков патентов применительно к бланкам строгой отчетности»¹⁰.

Следующим этапом развития упрощенной системы налогообложения в России стало введение с 1 января 2003 года новой главы Налогового кодекса РФ 26.2 «Упрощенная система налогообложения», которая, по сути, сменила ранее действующую упрощенную систему налогообложения, учета и отчетности, для субъектов малого предпринимательства.

В связи с принятием новой главы Налогового кодекса РФ 26.2 «Упрощенная система налогообложения» произошли следующие изменения:

1. Для того, чтобы перейти на данный специальный налоговый режим требовалось лишь подать заявление в налоговый орган в период с 1

октября по 30 ноября текущего года с указанием дохода за девять месяцев текущего года и, при соблюдении критериев применения УСН.

2. Вновь созданным и вновь зарегистрированным индивидуальным предпринимателям предоставлялась возможность применять УСН в текущем календарном году с момента своего создания, если заявление такими хозяйствующими субъектами было подано одновременно с подачей заявления о постановке на учет в налоговых органах.

3. При переходе на упрощённую систему налогообложения организации освобождались от уплаты следующих налогов:

- налог на прибыль;
- налог на добавленную стоимость;
- налог с продаж;
- налог на имущество организаций;
- единый социальный налог.

При переходе на упрощенную систему налогообложения индивидуальные предприниматели освобождались от уплаты следующих налогов:

- налог на доходы физических лиц (в отношении доходов, полученных от осуществления предпринимательской деятельности). Следует отметить, что индивидуальный предприниматель, получивший доход как физическое лицо, например, при продаже имущества, не используемого в предпринимательской деятельности (личная квартира, жилой дом и т. п.) являлся плательщиком налога на доходы физического лица в общеустановленном порядке;

- налог на добавленную стоимость;
- налог с продаж;
- налог на имущество (в отношении имущества, используемого для осуществления предпринимательской деятельности);

- единый социальный налог с доходов, полученных от предпринимательской деятельности, а также с выплат и иных

вознаграждений, начисляемых индивидуальными предпринимателями в пользу физических лиц.¹¹

Уплата этих налогов заменялась уплатой единого налога, исчисляемого по результатам хозяйственной деятельности за налоговый период.

4. В отличие от Федерального закона от 29.12.95 № 222-ФЗ "Об упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства" были добавлены некоторые категории субъектов, которые не имели право применять упрощенную систему налогообложения:

- организации, имеющие филиалы и (или) представительства;
- негосударственные пенсионные фонды;
- ломбарды;
- организации, у которых стоимость амортизируемого имущества, находящегося в собственности, превышает 100 млн. рублей;
- организации, являющиеся участниками соглашений о разделе продукции;
- нотариусы, занимающиеся частной практикой;
- индивидуальные предприниматели игорного бизнеса и т.д.

А некоторые категории в отличие от ранее действующего закона № 222-ФЗ получили возможность применять упрощенную систему налогообложения:

- предприятия развлекательного бизнеса;
- некоммерческие организации;
- организации, созданные на базе ликвидированных структурных подразделений действующих предприятий.

5. Объектом налогообложения являлись доходы или доходы, уменьшенные на величину расходов. Однако, согласно ст. 6 Федерального закона от 24.07.2002 № 104-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и некоторые другие акты

законодательства Российской Федерации, а также о признании утратившими силу отдельных актов законодательства Российской Федерации о налогах и сборах" начиная с 1 января 2005 года для организаций и индивидуальных предпринимателей, применяющих упрощенную систему налогообложения, предусмотренную главой 26.2 НК РФ, объектом налогообложения стали признаваться только доходы, уменьшенные на величину расходов. Таким образом, объект налогообложения в виде полученных доходов с 1 января 2005 года перестал применяться.

На сегодняшний день, упрощенная система налогообложения как специальный налоговый режим, нацеленный на улучшение положения субъектов малого и среднего предпринимательства претерпел большие изменения. И связано это, прежде всего с экономическими реалиями, как в России, так и во всём мире: нестабильность курса иностранной валюты, мировой финансовый кризис и др. Рассмотрим основные положения упрощенной системы налогообложения в 2010 году:

1. Применение упрощенной системы налогообложения предусматривает замену уплаты ряда налогов, единым налогом. Так, организации освобождаются от уплаты налога на прибыль организаций, налога на имущество организаций, налога на добавленную стоимость, за исключением налога на добавленную стоимость, подлежащего уплате при ввозе товаров на таможенную территорию Российской Федерации. Индивидуальные предприниматели не признаются плательщиками налога на доходы физических лиц, налога на имущество физических лиц (в отношении имущества, используемого для предпринимательской деятельности), а также налога на добавленную стоимость, за исключением налога на добавленную стоимость, подлежащего уплате при ввозе товаров на таможенную территорию Российской Федерации.

2. Ограничение по численности работников, применяющих упрощенную системы налогообложения составляет 100 человек.

3. Организация имеет право перейти на упрощенную систему налогообложения, если по итогам девяти месяцев того года, в котором организация подает заявление о переходе на упрощенную систему налогообложения, доходы не превысили 45 млн. рублей. Данное положение будет применяться по 30 сентября 2012 года включительно.¹²

4. Возможны два объекта налогообложения – доходы и доходы, уменьшенные на величину расходов.

5. Если объектом налогообложения являются доходы, налоговая ставка устанавливается в размере 6 процентов, а если объектом налогообложения являются доходы, уменьшенные на величину расходов, налоговая ставка устанавливается в размере 15 процентов. Законами субъектов Российской Федерации могут быть установлены дифференцированные налоговые ставки в пределах от 5 до 15 процентов в зависимости от категорий налогоплательщиков. В частности, в Псковской области ставка 5 % была установлена для всех без исключения субъектов упрощенной системы налогообложения.

6. При применении упрощенной системы налогообложения на основе патента индивидуальный предприниматель вправе привлекать наемных работников, в том числе по договорам гражданско-правового характера, среднесписочная численность которых, определяемая в порядке, устанавливаемом федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в области статистики, не должна превышать за налоговый период пять человек. Патент выдается по выбору налогоплательщика на период от одного до 12 месяцев. При этом, налоговым периодом считается срок, на который выдан патент.

7. Организации и индивидуальные предприниматели, применяющие упрощенную систему налогообложения подают одну налоговую декларацию в год по итогам налогового периода.

Таким образом, можно сделать вывод, что упрощенная система налогообложения является сравнительно молодым специальным налоговым

режимом для России. Поэтому законодательство о налогах и сборах, относительно упрощённой системы налогообложения, находится еще в стадии становления и развития. И во избежание прошлых ошибок, допущенных при формировании данного налогового режима, необходимо учитывать исторический опыт развития УСН и постоянно её совершенствовать.

¹ Ст. 12 Закона СССР «Об индивидуальной трудовой деятельности» от 19.11.1986г./ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

² п. 2 ст. 21 Закона СССР «О кооперации в СССР» от 26.05.1988г. № 8998-9/ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

³ п.1 ст.2 Закона СССР «О предприятиях в СССР» от 04.06.1990г. № 1529-1/ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

⁴ п.12 Постановления Совета Министров СССР «О мерах по созданию и развитию малых предприятий» от 08.08.1990г. № 790/ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

⁵ п.9 Указа Президента РФ «О некоторых изменениях в налогообложении и во взаимоотношениях бюджетов различных уровней» от 22.12.1993г. 2270/ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

⁶ п. 1 ст. 3 Федерального закона РФ «О государственной поддержке предпринимательства в Российской Федерации» от 14.06.1995г.№ 88-ФЗ/ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

⁷ Косолапов А.И. Налоги и налогообложение. Учебное пособие - М., 2005. - С.637-638.

⁸ На 1 января 1996 года МРОТ равнялся 63250 рублей.

⁹ Приказ Министерства Финансов РФ «О мероприятиях по реализации Федерального Закона РФ от 29.12.1995 года № 222-ФЗ «Об упрощённой системе налогообложения, учёта и отчётности для субъектов малого предпринимательства» от 15.03.1996г. № 27/ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

¹⁰ Письмо государственной налоговой службы РФ «О порядке применения Федерального Закона РФ от 29.12.1995г. №222-ФЗ «Об упрощённой системе налогообложения, учёта и отчётности для субъектов малого предпринимательства» от 06.02.1996г. № НП-6-02/77/ Текст использован из правовой программы Консультант Плюс.

¹¹ Истратова М.В. «Упрощенная система налогообложения с 2003 года»/ Ж. «Российский налоговый курьер».- 2002.- №20./ Текст опубликован на сайте www.credo-experto.ru.

¹² П. 2.1 ст. 46.12 Налогового кодекса РФ от 05.08.2000г., № 117-ФЗ (в ред. от 27.12.2009г.).

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИЕ ОХРАНУ РЕДКИХ И ИСЧЕЗАЮЩИХ ВИДОВ ЖИВОТНЫХ

ЧАШКИН П.В.,

*к.ю.н., доцент кафедры аграрного и экологического права,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532) 72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

***Ключевые слова:** международные договоры, биоразнообразие, сохранение редких и исчезающих видов животных, сохранение мест обитания и путей миграции животных.*

Статья посвящена рассмотрению проблем международно-правовой охраны редких и исчезающих видов животных. Основное внимание в публикации уделено исследованию содержания и практики применения международных договоров в области сохранения биоразнообразия, участницей которых является Российская Федерация.

***Key Words:** international treaties, biological diversity, preservation of rare and endangered animal species, preservation of habitat and animal migration routes.*

The article is dedicated to International Law concern for preservation of rare and endangered animal species. Emphasis is placed on analysis of substance and practical application of international treaties of the Russian Federation in the area of biological diversity conservation.

Международное право окружающей среды - динамично развивающаяся отрасль современного международного права и его науки¹. На современном этапе источники международного права окружающей среды подразделяются на два вида:

- закрепляющие действующие правовые принципы и нормы и образующие право в подлинном смысле этого слова («твердое», т.е. обязательное право);

- содержащие необязательные правила, но оказывающие, тем не менее, влияние на международные отношения своим авторитетом («мягкое», т.е. рекомендательное право)².

В соответствии с данной классификацией к первому виду источников относятся Конвенция о биологическом разнообразии 1992г., Боннская конвенция об охране мигрирующих видов животных 1979г., Соглашение АСЕАН о сохранении природы и природных ресурсов 1985г., Конвенции ООН по морскому праву 1982г., Конвенция о сохранении морских живых ресурсов Антарктики 1980г., Конвенция о международной торговле видами, находящимися под угрозой исчезновения 1973г., Бернская конвенция о сохранении животного мира в Европе 1979г. Примером другого вида источников международного экологического права могут служить Всемирная стратегия охраны природы 1980г., Стокгольмская декларация Конференции ООН по окружающей человека среде 1972г., Декларация принципов по окружающей среде и развитию 1992г. и др.

Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации согласно части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Нормы международного права особенно важны применительно к сфере регулирования охраны и использования редких и исчезающих видов животных, поскольку многие из них обитают на территории разных стран и сохранение их возможно только путем скоординированных действий. Кроме

того, международные обязательства стимулируют развитие и национального законодательства, необходимого для их выполнения.

Федеральным законом от 15 июня 1995г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»³ установлено, что Российская Федерация, выступая за соблюдение договорных и обычных норм, подтверждает свою приверженность основополагающему принципу международного права - принципу добросовестного выполнения международных обязательств. Россия является активным участником международного сотрудничества в области охраны окружающей среды⁴. Международные договоры являются одним из важнейших средств такого сотрудничества, способствующим расширению международных связей с участием государственных и негосударственных организаций, включая субъектов национального права.

Следует констатировать, что регулирование экологических отношений между государствами и иными субъектами международного права характеризуется высокой степенью фрагментарности и отсутствием системного подхода. До сих пор в этой области нет единого кодифицирующего акта, хотя попытки по его подготовке принимаются. В нормотворческой деятельности доминирует пообъектный подход, когда принимаются соглашения, направленные на охрану и использование отдельных природных объектов. В некоторых случаях пообъектное регулирование уже достигло высокого уровня развития. Особенно это касается охраны животного мира, где проведена кодификация в рамках Конвенции о биологическом разнообразии⁵.

Конвенция о биологическом разнообразии⁶, на основе положений которой осуществляется охрана и редких и исчезающих видов животных, была открыта для подписания на Конференции ООН в Рио-де-Жанейро в июне 1992г. и вступила в силу в декабре 1993г. В настоящее время участниками Конвенции являются 181 государство. Как уже отмечалось, Российская Федерация ратифицировала Конвенцию в 1995 году⁷.

Конвенция о биологическом разнообразии - это рамочная конвенция, оставляющая Сторонам право определять порядок исполнения ее положений. Объектом регулируемых отношений является биологическое разнообразие, которое определено как разнообразие между живыми организмами, видами и экосистемами в региональном и глобальном масштабе и включает все живые организмы - полезные и неполезные, редкие и распространенные, совместно обитающие в различных экосистемах.

Будучи кодифицирующим документом, Конвенция о биоразнообразии занимает основное место среди международных соглашений об охране живой природы. По ней государства обязаны принимать меры по сохранению и устойчивому использованию биоразнообразия, которое признается «общим интересом человечества». Предусмотрены меры охраны *in-situ* - в естественной среде обитания, и *ex-situ* - в искусственных условиях.

Меры *in-situ* включают «насколько это возможно и целесообразно» обязательства: создавать системы охраняемых районов или районов, в которых необходимо принимать специальные меры для сохранения биологического разнообразия; разрабатывать, при необходимости, руководящие принципы отбора, создания и рационального использования охраняемых районов или районов, в которых необходимо принимать специальные меры для сохранения биологического разнообразия; регулировать или рационально использовать биологические ресурсы, имеющие важное значение для сохранения биологического разнообразия в охраняемых районах или за их пределами, для обеспечения их сохранения и устойчивого использования; содействовать защите экосистем, естественных мест обитания и сохранению жизнеспособных популяций видов в естественных условиях; поощрять экологически обоснованное и устойчивое развитие в районах, прилегающих к охраняемым районам, в целях содействия охране этих районов; принимать меры по реабилитации и восстановлению деградировавших экосистем и содействовать

восстановлению находящихся в опасности видов, в частности, посредством разработки и осуществления планов и других стратегий рационального использования; устанавливать или поддерживать средства регулирования, контроля или ограничения риска, связанного с использованием и высвобождением живых измененных организмов, являющихся результатом биотехнологии, которые могут иметь вредные экологические последствия, способные оказать воздействие на сохранение и устойчивое использование биологического разнообразия, с учетом также опасности для здоровья человека; предотвращать интродукции чужеродных видов, которые угрожают экосистемам, местам обитания или видам, контролирует или уничтожает такие чужеродные виды; стремиться создавать условия, необходимые для обеспечения совместимости существующих способов использования с сохранением биологического разнообразия и устойчивым использованием его компонентов; в соответствии с национальным законодательством обеспечивать уважение, сохранение и поддержание знаний, нововведений и практики коренных и местных общин, отражающих традиционный образ жизни, которые имеют значение для сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия, способствовать их более широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики, а также поощрять совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практики; разрабатывать или осуществлять необходимые законодательные нормы и/или другие регулирующие положения для охраны находящихся в опасности видов и популяций; в случаях, когда установлен факт существенного неблагоприятного воздействия на биоразнообразие, регламентировать или регулировать соответствующие процессы и категории деятельности; сотрудничать в оказании финансовой и иной поддержки указанным мерам сохранения in-situ, особенно в развивающихся странах.

В свою очередь, охрана *ex-situ* «насколько это возможно и целесообразно» и «в целях дополнения мер *in-situ*» подразумевает обязательства: принимать меры для сохранения *ex-situ* компонентов биоразнообразия, предпочтительно в стране происхождения этих компонентов; создавать и поддерживать условия для сохранения и исследования *ex-situ* растений, животных и микроорганизмов, предпочтительно в стране происхождения генетических ресурсов; принимать меры для сохранения и реабилитации находящихся в опасности видов и для их реинтродукции в места их естественного обитания при соответствующих условиях; регламентировать и регулировать сбор биологических ресурсов из естественных мест обитания для целей сохранения *ex-situ*, с тем, чтобы не создавать угрозу для экосистем и популяций видов *in-situ*; сотрудничать в оказание финансовой и иной помощи мерам сохранения *ex-situ*, а также в создании и поддержании условий для сохранения *ex-situ* в развивающихся странах.

Для выполнения задач Конвенции о биоразнообразии на разных уровнях действуют научные программы, имеющие немаловажное значение для охраны редких и исчезающих видов животных:

Глобальный Форум по Биоразнообразию - независимый и открытый механизм для обсуждения экологических, экономических, организационных и социальных вопросов, связанных с сохранением биоразнообразия, который призван поддерживать Конвенцию на международном, региональном и национальном уровнях. Идея Форума предложена в рамках Глобальной Стратегии по Биоразнообразию. Работа Форума осуществляется в форме Сессий, посвященным статьям и тематическим разделам Конвенции по биоразнообразию.

Программа Диверситас - это международная программа развития инфраструктуры научных исследований по сохранению биоразнообразия. Предназначена для реализации целей Повестки Дня 21 и Конвенции о биологическом разнообразии, а также для оказания консультационной

поддержки ВОНТТК и Конференции Сторон в соответствии со статьей 25 Конвенции. В ее рамках рассматриваются как природные, так и социальные аспекты биоразнообразия. Программа начата в 1991 году и является единственной программой по координации научных исследований в области биоразнообразия на глобальном уровне.

Виды 2000. Программа инициирована Международным союзом биологических наук, в сотрудничестве с Комитетом по научным и технологическим данным и Международным союзом микробиологических обществ в сентябре 1994 года. Виды 2000 представляет собой федерацию организаций, занимающихся сбором баз данных по таксономии. Цель - представить широкому кругу пользователей наиболее достоверную и полную информацию по видам в удобной форме. Представитель от России - Российская Академия Наук⁸.

Необходимо указать и Проект Глобального Экологического Фонда «Сохранение биоразнообразия в России». Его цель - осуществление в рамках выполнения Конвенции практических мер по сохранению и поддержанию биоразнообразия России на видовом, экосистемном и ландшафтном уровне. Важным итогом реализации Проекта стало принятие на Национальном Форуме по сохранению живой природы России, который проходил в Москве в июне 2001 года, Национальной Стратегии и приоритетных направлений Национального Плана действий по сохранению биоразнообразия России.

Кроме Конвенции о биоразнообразии, заключены и реализуются ряд других многосторонних и двухсторонних конвенций и соглашений в области сохранения живой природы, в том числе ее наиболее уязвимой части - редких и исчезающих видов. Они весьма различны по объему охвата - от Протокола об охране тигра до Рамсарской конвенции о водно-болотных угодьях, по жесткости регламентации - от Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения до двухсторонних соглашений по перелетным птицам, по территории - от

мировых до Соглашения по оз. Ханка и т.д. Остановимся на международных договорах, в реализации которых принимает участие Российская Федерация.

Проблема сохранения большинства видов птиц, особенно редких и находящихся под угрозой исчезновения - это во многом проблема сохранения наиболее ценных, важнейших для них территорий: участков с наибольшей плотностью гнездования, мест концентраций птиц на линьку или в предотлетные скопления, мест массовых остановок мигрирующих птиц, участков с повышенной численностью птиц на зимовках и т.п.⁹. Решению этой проблемы призвана способствовать Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц, которая была заключена 2 февраля 1971 года в городе Рамсар (Иран) и иначе называется Рамсарской конвенцией¹⁰.

Цель Рамсарской конвенции - выявление и сохранение наиболее ценных водно-болотных угодий (морские заливы, озера, участки долин рек, заболоченные территории) независимо от их географического положения, которые по ряду установленных критериев соответствуют статусу угодий, имеющих международное значение. Критерии, по которым определяется значимость водно-болотного угодья, подразумевают, что такое угодье должно быть типичным или уникальным для соответствующего региона, иметь особую ценность для поддержания биологического разнообразия и регулярно посещаться большим количеством водоплавающих птиц. Страны - участницы Рамсарской конвенции обозначенные угодья провозглашают официально, а затем они заносятся в Список водно-болотных угодий, имеющих международное значение, хранящийся в постоянно действующем Бюро, который обслуживает МСОП. Провозглашение водно-болотного угодья «имеющим международное значение» и включение его в Список Конвенции означает, что государство принимает на себя обязательства осуществлять свою деятельность на данном угодье таким образом, чтобы способствовать сохранению и устойчивому использованию водно-болотного

угодья, а также содействовать охране, управлению и рациональному использованию ресурсов мигрирующих водоплавающих птиц.

Участниками Конвенции являются 113 государств. СССР ратифицировал Рамсарскую конвенцию в 1975 году¹¹. Российская Федерация, продолжая выполнять обязательства бывшего СССР по данной Конвенции, значительно расширила Список водно-болотных угодий, имеющих международное значение. Таких угодий объявлено тридцать пять, включая три, заявленных еще в советский период. Они располагаются на территории Мурманской, Астраханской, Тюменской, Амурской, Ленинградской областей, Приморского, Хабаровского краев и ряда других субъектов Федерации¹². Учитывая огромную территорию России, утвержденный перечень нельзя считать исчерпывающим, скорее его надо расценивать как первый шаг.

Еще одной Конвенцией, способствующей охране мест обитания редких и исчезающих видов животных, является Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия¹³, подписанная в Париже в 1972 году. Участниками Конвенции являются 124 государства. СССР ратифицировал Конвенцию 9 марта 1988 года¹⁴. Данная Конвенция определяет порядок выявления Сторонами природных территорий, представляющих выдающийся интерес, а также накладывает ограничения на осуществляемую на них хозяйственную деятельность. Специально учреждаемый Комитет Всемирного наследия решает, следует ли включить представленный Сторонами объект природного наследия в Список всемирного наследия. Объекты, которым угрожает серьезная опасность, заносятся в Список всемирного наследия, находящегося под угрозой. Принципиально, что одним из критериев, достаточных для включения объектов в списки, является наличие единственного места обитания редкого или находящегося под угрозой исчезновения вида. Организацией, контролирующей выполнение Россией обязательств по Конвенции в части

природного наследия является Министерство природных ресурсов и экологии РФ.

Значительное место в международно-правовой охране редких и исчезающих животных занимают международные договоры, заключаемые заинтересованными государствами в отношении отдельных видов и групп живых организмов.

2 декабря 1946г. в Вашингтоне была подписана Международная конвенция о регулировании китобойного промысла¹⁵, введенная в действие 10 ноября 1948г. СССР ратифицировал Конвенцию в 1948 году¹⁶. Конвенция предусматривает охрану всех китов от истребления и сохранение для будущих поколений тех огромных естественных богатств, которые представляют собой запасы китов. В рамках Конвенции учреждена Международная китобойная комиссия, которая ежегодно утверждает Приложение к Конвенции, где определяются охраняемые и не охраняемые виды китов, а также устанавливаются открытые и закрытые сезоны и районы промысла; размеры китов каждого вида, разрешенных к убою; типы орудий промысла; способы измерения и учета количества убитых китов. В 1980 году Международная китобойная комиссия приняла решение о создании в открытой части Индийского океана к северу от 55° ю.ш. китового заповедника. В 1985 году установлен мораторий на добычу всех видов китов (кроме малых полосатиков) для стран, ведущих коммерческий промысел с помощью флотилий. В 1986 году мораторий распространен на страны, ведущих данный промысел с береговых китобойных станций.

В настоящее время в Международной конвенции по регулированию китобойного промысла принимает участие 39 государств. Постановлением Правительства РФ от 11 декабря 1992г. № 967¹⁷ обеспечение выполнения обязательств Российской Федерации по данной Конвенции возложено на Министерство охраны окружающей среды и природных ресурсов РФ (сейчас - Министерство природных ресурсов и экологии РФ). Здесь же предусмотрен запрет на промышленную добычу китов на период действия моратория на

коммерческий промысел китов, установленного Международной китобойной комиссией. Изъятие китов в научных целях и для потребления коренным населением Чукотского автономного округа (аборигенный промысел) в морской экономической зоне Российской Федерации, а также российскими физическими и юридическими лицами за ее пределами может осуществляться только в рамках научно-исследовательских программ и квот для аборигенного промысла, одобренных Международной китобойной комиссией.

К числу редких и исчезающих видов животных относится самый крупный полярный хищник - белый медведь, обитающий на арктическом побережье и островах пяти стран, расположенных вокруг Северного полюса: Соединенных Штатов (штат Аляска), Канады, Дании (остров Гренландия), Норвегии и России. Катастрофическое снижение численности этого зверя в результате широкомасштабного промысла, начавшегося с освоением советских арктических территорий, обусловило введение в нашей стране уже в 1956 году полного запрета на добычу белого медведя. Единственно допустимой формой использования этого вида фауны оставался отлов белых медведей для зоопарков и зоосадов, производившийся по специальному разрешению (лицензии), выдаваемому Главным управлением охотничьего хозяйства и заповедников при Совете Министров РСФСР¹⁸. Запрещение добычи, принятое в одностороннем порядке, было усилено в Соглашении о сохранении белых медведей, заключенном Канадой, США, Данией, Норвегией и бывшим СССР 15 ноября 1973 года, которое вступило в силу для нашей страны 26 мая 1976 года¹⁹.

Согласно статье III данного Соглашения добыча белых медведей допускается только: а) для подлинно научных целей; б) в целях сохранения; с) для предотвращения серьезного нарушения рационального использования других живых ресурсов; д) местным населением с использованием традиционных методов охоты; е) там, где белые медведи добываются или могут добываться традиционными средствами гражданами Стороны

Соглашения. Шкуры и другие ценные предметы, полученные в результате добычи в соответствии с подпунктами «b» и «с», не могут быть использованы в коммерческих целях. В статье IV Соглашения запрещено использование для добычи белых медведей самолетов и крупных моторных судов. Стороны запрещают экспорт, импорт и доставку на свою территорию, а также торговлю в пределах своей территории белых медведей или любой их части, или полученной из них продукции, добытых в нарушение Соглашения (статья V). В числе других важных договоренностей, содержащихся в Соглашении о сохранении белых медведей 1973г., следует указать необходимость принятия Сторонами мер по защите экосистем, частью которых являются белые медведи и осуществление национальных научно-исследовательских программ по изучению вида.

Белые медведи, населяющие Чукотское море, северную часть Берингова моря и восточную часть Восточно-Сибирского моря, принадлежат к общей для России и США чукотско-алаянской популяции, которая занесена в Красную книгу Российской Федерации. В отличие от двух других популяций белого медведя - лаптевской и карско-баренцевоморской, также занесенных в Красную книгу Российской Федерации, чукотско-алаянская относится к категории «восстанавливающиеся», ее численность по экспертным оценкам составляет 3500 особей, что позволяет без ущерба ежегодно добывать несколько десятков особей при сохранении современного уровня охраны вида. Начиная с 1992г., ведомства России и США, ответственные за охрану и использование белых медведей, с участием представителей коренного населения Чукотки и Аляски, провели ряд встреч, в ходе которых были выработаны согласованные подходы к охране и управлению чукотско-алаянской популяцией. На их основе было подготовлено Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Соединенных Штатов Америки о сохранении и использовании чукотско-алаянской популяции белого медведя, которое было подписано в Вашингтоне 16 октября 2000 года²⁰. К настоящему

времени Россия и США завершили внутригосударственные процедуры ратификации Соглашения. Вступление Соглашения в силу состоялось через 30 дней после обмена Сторонами по дипломатическим каналам письменными уведомлениями о завершении данных внутригосударственных процедур. Постановлением Правительства РФ от 10 марта 2005г. № 124 выполнение российской Стороной обязательств по Соглашению, включая подготовку необходимых нормативных правовых актов, возложено на Министерство природных ресурсов и экологии РФ²¹.

В соответствии со статьей 5 Соглашения любая добыча белых медведей чукотско-аляскинской популяции, не соответствующая положениям данного Соглашения или Соглашения о сохранении белых медведей 1973 года, запрещается. Белые медведи могут добываться только коренными жителями Чукотки и Аляски для удовлетворения своих жизненных потребностей при условии, что: запрещается добыча самок с медвежатами, медвежат, не достигших годовалого возраста, медведей в берлогах, включая медведей, готовящихся к залеганию в берлоги или только что покинувших берлоги; запрещается использование для добычи летательных аппаратов, больших моторизованных судов и крупных моторизованных транспортных средств; запрещается использование ядов, капканов и ловушек (статья 6). Согласно статье 7 Соглашения ни одно из его положений не дает права на добычу белых медведей в коммерческих целях и не должно ограничивать возможности коренного народа в соответствии с национальным законодательством создавать, продавать и использовать традиционные изделия, связанные с аборигенной добычей белого медведя. Стороны принимают меры, необходимые для предотвращения нелегальной торговли белыми медведями, в том числе их частями и дериватами.

Для реализации условий Соглашения в статье 8 предусмотрено образование Российско-Американской Комиссии по белому медведю, основными задачами которой будут: оказание содействия сотрудничеству для реализации Соглашения; определение ежегодно устойчивого уровня

добычи белых медведей на основе достоверных научных данных, включая традиционные знания коренных народов; определение ежегодно пределов добычи, не превышающих устойчивого уровня добычи; определение мер по ограничению добычи белых медведей в целях поддержания традиционного образа жизни коренных народов в рамках установленных ежегодных пределов добычи, включая сроки изъятия, ограничения по возрасту и полу; организация работ по выявлению мест обитания белых медведей и разработка рекомендаций по мерам их сохранения; рассмотрение научно-исследовательских программ, в том числе совместных, по изучению, сохранению и мониторингу белых медведей и подготовка рекомендаций по их реализации; др. При этом в Соглашении оговаривается, что никакое его положение не следует толковать как положение, ограничивающее право каждой из Сторон принимать дополнительные меры, включая образование особо охраняемых природных территорий, с целью сохранения белого медведя в районах, находящихся под юрисдикцией государства (статья 11). Как ожидается, в результате вступления Соглашения в силу будет достигнут необходимый баланс интересов коренного населения Чукотки и государства, что будет иметь позитивный социально-экономический эффект без нанесения ущерба состоянию белого медведя в природе.

Среди животных, сохранением которых озабочено сегодня человечество, одно из центральных мест принадлежит амурскому тигру, символизирующему богатство и величие нетронутой природы. На юге Дальнего Востока России, где проходит северная граница ареала подвиды, тигр обитает на территории Приморья и Приамурья. Зимой 1995/1996 гг. проводился наиболее детальный учет тигра на всей заселенной им территории. По итогам учетных работ общая численность тигра оценена в 415-476 особей, в том числе взрослых 330-371. В 1997г. в статусе «сокращающегося в численности» амурский тигр занесен в Красную книгу Российской Федерации.

Основным лимитирующим фактором для амурского тигра является браконьерство, обусловленное спросом на тигриную продукцию в странах Восточной Азии, где она используется в качестве ценного лекарственного сырья. Таким образом, будущее подвида во многом зависит от усилий, предпринимаемых Россией в сфере международного сотрудничества по охране тигра. Одним из позитивных результатов такого сотрудничества уже стало заключение Протокола между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики об охране тигра, который вступил в силу с даты его подписания - 10 ноября 1997 года²². Анализируя содержание Протокола, следует отметить, что в нем обозначены конкретные мероприятия, проводящиеся Сторонами в целях координации действий по предотвращению исчезновения тигра, обеспечения его выживания и увеличения численности. Во-первых, Стороны обязуются принимать совместные меры по пресечению браконьерства, контрабанды и торговли тигром, его частями и дериватами, включая национальные и международные информационные и пропагандистские мероприятия. Во-вторых, для охраны тигра и его местообитаний Стороны разработают программы обмена специалистами, программы научных исследований, воспитания и обучения. В-третьих, Стороны будут осуществлять обмен информацией о принимаемых мерах по пресечению всех видов незаконных действий в отношении тигра, его частей и дериватов, а также периодически обобщать и анализировать результаты осуществления мер, совместно принимаемых ими для сохранения тигра. Несмотря на столь значительный набор планируемых Сторонами действий, в Протоколе не указан орган, контролирующий их выполнение. Данный пробел не способствует эффективной реализации международно-правовых норм и, безусловно, должен быть восполнен в ходе дальнейшей договорной работы между нашими странами.

Можно прекрасно организовать охрану любого вида птиц на местах размножения, но если этот вид будет интенсивно истребляться на местах

зимовок, общий эффект будет незначительным. Миграции также характерны для некоторых рыб (из моря в реки и обратно), китообразных, ластиногих и копытных млекопитающих. Мигрирует и ряд беспозвоночных, некоторые крупные чешуекрылые. Наличие мигрирующих видов, в том числе редких и находящихся под угрозой исчезновения, выдвигает требование координации природоохранительной деятельности соседних государств либо групп государств в пределах крупных географических регионов, оказавшихся ответственными за их сохранение²³. Именно на такую координацию нацелена Конвенция по сохранению мигрирующих видов диких животных, иначе называемая Боннской конвенцией²⁴, которая была открыта для подписания в 1979г. и вступила в силу в 1983г. после ратификации ее пятнадцатью странами. В настоящее время членами Конвенции являются 55 сторон, включая Европейский Союз.

Суть охранительного механизма Боннской конвенции заключается в разработке и реализации совместных мер, заключающихся а запрещении добычи представителей угрожаемых видов, сохранении их местообитаний и контроле неблагоприятного воздействия. Конвенция имеет два Приложения. Приложение I содержит список мигрирующих видов, для которых имеются убедительные доказательства угрозы их исчезновения по всему ареалу (включая пути миграций и места зимовок) или на значительной его части. Сюда включены голубой кит, горбатый кит, белоплечий орлан и другие виды. Стороны, являющиеся государствами, расположенными на путях миграций, должны (за рядом исключений) запретить изъятие особей, относящихся к видам Приложения I, стремиться к сохранению и, по возможности, к восстановлению местообитаний этих видов, предупреждению появления или уменьшению препятствий для миграций, предупреждению, сокращению или контролю угрожающих им воздействий. В Приложении II перечислены мигрирующие виды с неблагоприятным природоохранным статусом, для сохранения которых требуется заключение международных соглашений, а также виды, чей природоохранный статус мог

бы существенно улучшиться благодаря международному сотрудничеству. В частности, в Приложение II включены такие виды как африканский слон, саблерогая антилопа, кудрявый пеликан, все соколиные, ястребиные и утиные. Стороны должны прилагать усилия к заключению соглашений, полезных для видов, занесённых в Приложение II, а также соглашений, касающихся любой географически обособленной части популяции любого вида или более низкого таксона диких животных, которых периодически пересекают одну или несколько границ национальной юрисдикции. При необходимости один и тот же вид может быть включен как в Приложение I, так и в Приложение II.

Таким образом, Боннская конвенция в ряде своих положений выступает как рамочная конвенция²⁵. Однако, главная особенность состоит в том, что в заключаемых в рамках Конвенции соглашениях могут участвовать государства, не являющиеся ее Сторонами. Именно к таким государствам относится Российская Федерация, которая, как и бывший СССР, не присоединилась к Боннской конвенции, но участвует в ряде заключенных в ее рамках соглашений. К их числу относится Меморандум о взаимопонимании в области принимаемых мер по охране стерха, подписанный Россией в 2001 году²⁶. Стерх (сибирский журавль) относится к наиболее редким видам птиц мировой фауны, и его популяция, гнездящаяся только на севере Сибири, находится под угрозой исчезновения. Без участия нашей страны указанный Меморандум практически потерял бы свою действенность, так как именно Российская Федерация является ключевой страной ареала данного вида. Примером еще одного международного договора, действующего в рамках Боннской конвенции, является Соглашение по сохранению китообразных Черного и Средиземного морей и прилегающей Атлантической акватории (Монако, 1996)²⁷, которое призвано способствовать прекращению любого преднамеренного уничтожения китообразных и сотрудничеству в деле создания и поддержания сети специально охраняемых территорий для их сохранения. Хотя Россия не

является стороной данного Соглашения, но в качестве наблюдателя в нем участвуют представители Министерства природных ресурсов и экологии РФ.

Кроме того, еще в советский период наша страна заключила двухсторонние Конвенции об охране перелетных птиц и среды их обитания с Японией²⁸, США²⁹, Индией³⁰ и КНДР³¹, которые во многом выдержаны в духе положений Боннской конвенции. Данные международные договоры схожи по тексту и предусматривают согласованные действия Сторон в отношении видов и подвидов птиц, о которых имеются свидетельства о их миграции между обеими странами, а также видов и подвидов птиц, популяции которых обитают в обеих странах и имеют общие пути пролета, области размножения, зимовок, кормления или линьки и по этим причинам между такими популяциями существует или может существовать обмен особями. Список видов и подвидов птиц приводится в приложении к договорам. Главное требование Конвенций заключается в установлении Сторонами запрета на добывание перелетных птиц, сбора их гнезд и яиц, на нарушение состояния гнездовых колоний. Запрещается также любая продажа, покупка или обмен, импорт и экспорт этих птиц живыми или мертвыми, а также их гнезд, яиц и изготовленных из них продуктов. Исключение из этих запретов может быть сделано на основании законодательства каждой Стороны в следующих случаях: а) для научных, просветительских целей, разведения этих птиц или других специфических задач, не противоречащих целям Конвенции; б) в целях охраны человеческой жизни и имущества; в) в сезоны охоты; г) в охотничьих угодьях, где охота ведется на искусственно разведенных птиц. Для сохранения тех видов, которые находятся под угрозой исчезновения, Сторонами должны приниматься специальные меры охраны, включая взаимное информирование, проведение научных исследований по согласованным программам, а также осуществление строгого контроля за выполнением конвенционных требований. Аналогичные по содержанию международные обязательства предусмотрены в Соглашении между Правительством Российской

Федерации и Правительством Республики Корея об охране перелетных птиц, подписанном в г. Москве 2 июня 1994 г.³²

Еще одним многосторонним договором, направленным на сохранение редких и исчезающих животных, включая мигрирующие виды, является Конвенция об охране дикой фауны и флоры и природных сред обитания в Европе, которая была подготовлена Советом Европы и открыта для подписания на третьей Европейской конференции министров окружающей среды в Берне 19 сентября 1979 года (Бернская конвенция)³³. Хотя Россия с 1995г. является членом Совета Европы, но, как и в случае с Боннской конвенцией, не является участником данного международного соглашения. В качестве наблюдателя в мероприятиях Бернской конвенции участвует представитель Министерства природных ресурсов и экологии РФ.

Для достижения поставленных целей Конвенция предусматривает сохранение живой природы и естественных местообитаний в целом и специальную охрану видов, занесённых в Приложение I (строго охраняемые растения), Приложение II (строго охраняемые животные) и Приложение III (охраняемые животные) к Конвенции. Стороны должны принимать меры по охране видов дикой флоры и фауны. Действия по сознательному изъятию особей строго охраняемых видов или наносящие им ущерб запрещаются. Стороны также должны принимать необходимые законодательные и административные меры по сохранению местообитаний видов дикой флоры и фауны, особенно - занесённых в Приложения I и II, и сохранению естественных местообитаний, находящихся под угрозой. Настолько, насколько это касается видов животных, специальное внимание должно уделяться охране территорий на миграционных путях, включая территории, связанные с зимовками, миграционными остановками, кормлением, размножением и линькой. При планировании таких территорий и выработке политики по отношению к ним Стороны должны исходить из природоохранных требований.

В настоящее время Россия еще недостаточно активно работает в плане охраны редких и исчезающих видов животных с естественными союзниками - странами СНГ, имеющими общие традиции и единое исследовательское поле. В этой связи представляется особенно важной роль Межгосударственного экологического совета СНГ, в рамках деятельности которого в сентябре 1994 года в г. Москве было открыто для подписания Соглашение об охране и использовании мигрирующих видов птиц и млекопитающих и мест их обитания, фактически являющееся аналогом Боннской конвенции на территории Содружества Независимых Государств³⁴.

В соответствии с Соглашением мигрирующими видами признаются виды диких птиц и млекопитающих, совершающих регулярные миграции или иные перемещения через границы государств-участников. Представленные и согласованные Сторонами списки мигрирующих видов подлежат включению в приложения к Соглашению. Под особо ценными местообитаниями понимаются участки территории или акватории, которые служат в качестве мест размножения, линьки, остановки для отдыха или кормежки во время сезонных миграций и зимовок мигрирующих видов и обеспечивают, таким образом, нормальную жизнедеятельность и существование их популяций. Каждая Страна после подписания либо присоединения к Соглашению объявляет список таких местообитаний.

В целях сохранения мигрирующих видов и их особо ценных местообитаний Страны берут на себя следующие обязательства:

- устанавливать контроль, запреты или ограничения на добывание мигрирующих видов;

Каждая Страна определяет сезоны охоты, лимиты и квоты добычи диких животных на своей территории, обеспечивая сохранение нормального воспроизводства мигрирующих видов. В отношении отдельных мигрирующих видов по определению одной из Договаривающихся Сторон объемы добычи или отлова этих видов в течение сезона или года могут быть согласованы и оформлены специальным протоколом. В случае решения

одной из Сторон установить запрет (или снять запрет) на добывание в своей стране каких-либо мигрирующих видов птиц или млекопитающих она заранее обязана оповестить об этом другие Стороны. В случае, если на территории одной или более Сторон мигрирующий вид является особо охраняемым, а на территории другой одной или более Сторон добыча его не запрещена, принимается согласованное решение по данному виду, предусматривающее организацию мониторинга за состоянием популяций и подготовку рекомендаций по его охране и рациональному использованию.

- прилагать усилия к созданию на своей территории заповедников, заказников и других форм особо охраняемых природных территорий, обеспечению их охраны и поддержанию режима в целях сохранения мигрирующих видов птиц и млекопитающих и среды их обитания, особенно для мигрирующих видов, находящихся под угрозой исчезновения;

- сотрудничать в разработке и осуществлении скоординированных программ по вопросам, связанным с выполнением Соглашения, обмениваются нормативными документами по охране и использованию мигрирующих видов;

- определить научный орган, осуществляющий координацию научных исследований, разработку мероприятий по охране мигрирующих видов и мест их обитания, их мониторинг внутри страны, обеспечивающий единые научные принципы ведения мониторинга и подходы к организации контроля за миграциями животных.

Координацию деятельности Сторон в рамках Соглашения осуществляет Комитет по выполнению Соглашения (организационные вопросы) и Консультативный совет (научное сотрудничество). Вопросы, связанные с реализацией Соглашения, рассматриваются на сессиях Межгосударственного экологического Совета. Решением седьмой сессии МЭС от 24.10.1996г. № 7 утверждены Список мигрирующих видов птиц и млекопитающих, представляющих экономическую, научную, экологическую

или эстетическую ценность (для территорий Азербайджана, Армении, Беларуси, Казахстана, Российской Федерации и Узбекистана) и Список особо ценных местообитаний мигрирующих видов животных (для территорий Азербайджана, Беларуси, Российской Федерации и Узбекистана). В соответствии с указанным решением Комитет по выполнению Соглашения возглавила Российская сторона, а функции координатора Консультативного совета возложены на Институт зоологии Академии наук Беларуси³⁵.

Другим результатом деятельности Межгосударственного Экологического Совета в сфере охраны редких и исчезающих видов животных стала разработка Соглашения о Книге редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных и растений - Красной книге государств - участников СНГ³⁶. Соглашение вступило в силу 23 июня 1995 года, в день его подписания в г. Минске Республикой Армения, Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой и Республикой Таджикистан. Россия присоединилась к Соглашению о Красной книге государств - участников СНГ 13 августа 1996 года³⁷.

Необходимость заключения Соглашения обусловлена тем очевидным обстоятельством, что наличие юридического признания вида редким или исчезающим в одной национальной единице и отсутствие такового в другой, где данный вид также обитает, затрудняет решение глобальной проблемы сохранения разнообразия животного мира. Согласно статье 3 Положения о Красной книге государств-участников СНГ, являющегося составной частью Соглашения, в Красную книгу государств - участников СНГ заносятся виды животных, обитающие на территории двух или более Сторон и занесенные в национальные Красные книги. В исключительных случаях этот список может быть пополнен и видами, распространенными на территории одной страны, если их сохранение может быть обеспечено только коллективными усилиями Сторон.

Таким образом, охрана редких и исчезающих видов животных в международных отношениях обеспечивается множеством глобальных,

региональных и двухсторонних соглашений и конвенций, которые нацелены на решение следующих задач: а) охрана биоразнообразия как мера поддержания баланса в живой природе в целом; б) охрана мест обитания животных; в) охрана отдельных видов и групп живых организмов, относящихся к редким и исчезающим; г) охрана мигрирующих видов.

Рамки настоящей публикации не позволяют проанализировать все международные договоры, посвященные охране живой природы, поэтому в качестве материала исследования преимущественно рассматривались международные договоры, участником которых является Российская Федерация. При этом значительное внимание было уделено Конвенции о биоразнообразии как документу, содержащему базовые определения и концептуальные начала в сфере охраны животного мира, в том числе его наиболее уязвимой части. В качестве предложения, считаю целесообразным присоединение России к Боннской и Бернской конвенциям, играющим немаловажное значение в вопросе охраны мигрирующих редких и исчезающих видов животных. Отдельно решение данной проблемы регулируется в странах СНГ, однако, реалии времени не позволяют в полной мере использовать потенциал подписанных на этом уровне документов.

¹ Чичварин В.А. Охрана природы и международные отношения. М., 1970. 287с.; Колбасов О.С. Международно-правовая охрана окружающей среды. М., 1982. 237с.; Тимошенко А.С. Формирование и развитие международного права окружающей среды. М., 1986. 190с.; Копылов М.Н. Международное экологическое право как отрасль современного международного права // Государство и право. 2007. № 1. С. 54 - 63.

² Бринчук М.М. Экологическое право: Учебник. 2-е изд., перераб и доп. М., 2003. С. 618; Копылов М.Н. К вопросу об эффективности норм «мягкого» международного экологического права // Экологическое право. 2006. № 6. С. 30.

³ Собрание законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

⁴ См. раздел 9 «Международное сотрудничество» части VII Государственного доклада «О состоянии и об охране окружающей среды Российской Федерации в 2005 году». М., 2006. С. 416 – 429.

⁵ Краснова И.О. Введение в международное экологическое право // Аграрное и земельное право. 2005. № 3. С. 108.

⁶ Бюллетень международных договоров. 1996. № 9. С. 3 - 28.

⁷ Федеральный закон от 17.02.1995г. № 16-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1995. № 8. Ст. 601.

⁸ Пузаченко Ю.Г., Мерзлякова И.А. Международное сотрудничество в области сохранения биоразнообразия и вопросы гармонизации данных. М., 2002. С. 14 -16.

-
- ⁹ Ключевые орнитологические территории России. Том 1. Ключевые орнитологические территории международного значения в Европейской России / Под ред. Т.В.Свиридовой, В.А. Зубакина. М., 2000. С. 9.
- ¹⁰ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXIII. М., 1979. С. 462 - 466.
- ¹¹ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 26.12.1975г. № 2737-IX // Ведомости ВС СССР. 1976. № 1. Ст.5.
- ¹² Постановление Правительства РФ от 13 августа 1994г. № 1050 // Собрание законодательства РФ. 1994. № 21. Ст. 2395.
- ¹³ Сборник международных договоров СССР. Вып. XLIV. М., 1990. С. 496 - 506.
- ¹⁴ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 09.03.1988г. № 8595-XI // Ведомости ВС СССР. 1988. №11. Ст.171.
- ¹⁵ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XIII.- М., 1956. С. 370 - 377.
- ¹⁶ Указ Президиума ВС СССР от 15.07.1948г. // Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР. 1938 - 1975. Т. 2. М, 1975. С. 268.
- ¹⁷ Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. № 25. Ст. 2218.
- ¹⁸ Постановление Совмина РСФСР от 25 ноября 1956г. № 738 «О мерах охраны животных Арктики» // Систематическое собрание законов РСФСР, указов Президиума Верховного Совета РСФСР и решений Правительства РСФСР. М., 1968. Т.VIII. С. 407.
- ¹⁹ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXII. М., 1978. С. 563 - 565.
- ²⁰ Документ опубликован не был. Включен в правовую базу данных «Консультант плюс».
- ²¹ Собрание законодательства РФ. 2005. № 11. Ст. 951.
- ²² Бюллетень международных договоров. 2003. № 11. С. 15 - 16.
- ²³ Яблоков А.В., Остроумов С.А. Охрана живой природы: проблемы и перспективы. М., 1983. С. 143; Боголюбов С.А. Соотношение публично-правовых и частноправовых средств в обеспечении прав граждан // Журнал российского права. 2005. № 7. С. 24.
- ²⁴ Русский текст Боннской конвенции размещен на ее официальном сайте: www.cms.int.
- ²⁵ Как отмечает А.С. Тимошенко, содержание Боннской конвенции является достаточным для выполнения важнейшей функции международного права - функции координации. Предполагается, что обязательства по таким соглашениям могут и должны быть сформулированы в более конкретной и детальной форме путем разработки приложений, протоколов или самостоятельных договоров в развитие фундаментальных установлений «рамочной конвенции» // Тимошенко А.С. Формирование и развитие международного права окружающей среды. М., 1986. С. 179.
- ²⁶ Распоряжение Правительства РФ от 05.04.2001г. № 487-р // Собрание законодательства РФ. 2001. № 16. Ст. 1631
- ²⁷ Русский текст Соглашения размещен на официальном сайте ООН: www.un.org/russian.
- ²⁸ Подписана 10 октября 1973 года.
- ²⁹ Подписана 19 ноября 1976 года.
- ³⁰ Подписана 8 октября 1984 года.
- ³¹ Подписана 2 сентября 1987 года.
- ³² Постановление Правительства РФ от 01.06.1994г. № 613 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Корея о сотрудничестве в области охраны окружающей среды и об охране перелетных птиц» // Собрание законодательства РФ. 1994. № 8. Ст. 875.
- ³³ Неофициальный перевод Бернской конвенции размещен в правовой базе данных «Гарант».
- ³⁴ Постановление Правительства РФ от 13 сентября 1994 г. № 1049 «О заключении Соглашения об охране и использовании мигрирующих видов птиц и млекопитающих и мест их обитания» // Собрании законодательства РФ. 1994. № 21. Ст. 2417.
- ³⁵ Рабочая группа по Экологической сети Северной Евразии (РГ ЭССЕ). Информационные материалы по экологическим сетям. Выпуск 5. М., 2000. С. 28.
- ³⁶ Документ опубликован не был. Размещен на Белорусском Правовом Портале: www.pravoby.info.
- ³⁷ Постановление Правительства РФ от 13.08.1996г. № 952 «О присоединении Российской Федерации к Соглашению о книге редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных и растений - Красной книге государств - участников СНГ» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 35. Ст. 4178.

ВОПРОСЫ ТРУДОВОГО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА И ПРАВА СОЦОБЕСПЕЧЕНИЯ

ОСОБЕННОСТИ ФОРМИРОВАНИЯ СОЦИАЛЬНО ОРИЕНТИРОВАННОГО ИНДИВИДУАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ (ГОСУДАРСТВЕННО- ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

ЖУКОВА С.М.,

преподаватель кафедры административного и финансового права,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: *социальное государство, индивидуальное предпринимательство, публичная социальная функция, социально ориентированное предпринимательство, социальная ответственность, ограничения предпринимательской деятельности, внутренняя социальная функция предпринимательства, внешняя социальная функция предпринимательства, субсидиарная социальная ответственность индивидуального предпринимательства.*

Формирование в современной России социально ориентированного индивидуального предпринимательства представляет собой необходимую и важнейшую составляющую развития Российской Федерации, как социального государства с рыночной экономикой. В своей научной статье автор рассматривает способы и пределы воздействия государства на социально ответственное поведение бизнеса, анализирует предложенные юридической наукой подходы к вопросу о социальной ответственности предпринимательства, формулирует предложения об усовершенствовании законодательства, обосновывает целесообразность введения в научный оборот категории «субсидиарная социальная ответственность индивидуального предпринимательства».

Keywords: *the Social state, individual business, public social function, socially focused business, social responsibility, restrictions of enterprise activity, internal social function of business, external social function of business, subsidiary social responsibility of individual business.*

Formation in modern Russia socially focused individual business represents a necessary and major component of development of the Russian Federation, as social state with market economy. In the scientific article the author considers ways and limits of influence of the state on socially responsible behaviour of business, analyzes the approaches offered by jurisprudence to a question on social responsibility of business, formulates offers on legislation improvement, proves expediency of introduction in a scientific turn of a category «subsidiary social responsibility of individual business».

Закрепление в Конституции Российской Федерации «модели социального государства с рыночной экономикой»¹ определило основные цели политики государства, среди которых на первый план выступают создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека (ч.1 ст. 1, ч.1 ст. 7 Конституции РФ), гарантирующих как свободу

труда и право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, так и право на защиту от безработицы (ч.ч. 1,3 ст. 37 Конституции РФ) и право на социальное обеспечение (ч.1 ст. 39 Конституции РФ).

В связи с этим, государство, «располагая немалыми, но ограниченными ресурсами... стремится к их увеличению за счет привлечения экономических ресурсов частного предпринимательства»², в том числе «...посредством законодательно регламентируемых средств в целях реализации государством социальных функций по преимуществу в точках «осечек» рыночного саморегулирования, к выполнению которых предпринимательство в лучшем случае индифферентно»³.

Наличие у хозяйствующего субъекта социальной публичной функции является гарантией реализации принципа, закрепленного в ч.3 ст. 17 Конституции РФ, который во взаимосвязи с положениями ч.1 ст. 34, ст. 37, ст. 39 Конституции РФ, означает, что осуществление гражданином права на предпринимательскую деятельность не должно нарушать права и свободы (в том числе социальные) других лиц.

Поэтому формирование в России социально ориентированной экономики невозможно без становления в государстве социально ориентированного (ответственного) бизнеса.

Как справедливо отмечено Т.Д. Зражевской, термин «социальная ответственность» может быть отождествлен именно с понятием «позитивная юридическая ответственность»⁴, имеющей особую значимость для сферы государственно-правовых отношений⁵. При этом «позитивная ответственность выходит за рамки системы «чисто» юридической ответственности, образуя своеобразный «мостик» к регулятивным нормам права»⁶.

Аналогичный подход к видовой характеристике «социальной ответственности предпринимательства» содержится в выступлениях Ассоциации менеджеров России, которая рассматривает социальную ответственность бизнеса, как «добровольный вклад бизнеса в развитие

общества в социальной, экономической и экологической сферах, связанных напрямую с основной деятельностью компании и выходящий за рамки определенного законом минимума»⁷, а также в Обращении участников заседания Правления Торгово-промышленной палаты Российской Федерации к деловому сообществу России о социальной ответственности бизнеса в современной России⁸ от 23 декабря 2003 года, утвержденного Правлением Торгово-промышленной палаты Российской Федерации. Этот документ был принят предпринимателями, руководителями бизнес-объединений с призывом ко всему деловому сообществу «осознать свою высокую ответственность перед нашим обществом за высокоэффективную производственно-хозяйственную деятельность, создающую рабочие места, конкурентноспособную продукцию, налоговые поступления и возможность осуществления социальных программ». В Постановлении определены основные направления участия социально ответственного бизнеса «в решении наиболее острых и неотложных социальных проблем, стоящих перед российским обществом»: ликвидация бедности, создание эффективной системы поддержки малообеспеченных слоев населения, улучшение оплаты труда и т.д., - которые нашли свое отражение в Социальной хартии российского бизнеса, одобренной на 14 съезде Российского союза промышленников и предпринимателей (работодателей) в 2004 году⁹.

Кроме того, Распоряжением Правительства от 15 августа 2003г. № 1163-р «Об утверждении Программы социально- экономического развития России на среднесрочную перспективу (2003- 2005 гг.)»¹⁰ стимулирование социально ответственного поведения представителей российского бизнеса было определено в качестве приоритетной задачи по повышению эффективности социальной политики.

Вместе с тем, развитие в Российской Федерации социально ориентированной экономики не может означать рассмотрение бизнеса в качестве своего рода «альтернативы» обязанностям государства (в том числе муниципальных образований) в социальной сфере. Развитие социально

детерминированного предпринимательства, и это прямо закреплено в Социальной хартии, возможно только при установлении «эффективного партнерства с региональными и местными властями... с целью совместного участия в достижении общих целей развития окружающего сообщества»¹¹.

Объективная потребность представителей публичной власти в вовлечении хозяйствующих субъектов в реализацию политики социального государства, каким была провозглашена Российская Федерация в ст. 7 Конституции РФ, за счет развития социальной ответственности бизнеса, и односторонний учет интересов властной стороны привели к тому, что вектор формирования социально ориентированного индивидуального предпринимательства в современной России был заложен в форме отношения государства (в том числе муниципальных образований) к предпринимательству как к особому рода «собесу», обязанному обеспечивать занятость и самозанятость населения, пополнение доходной части консолидированного бюджета Российской Федерации, необходимого для реализации государственных и муниципальных программ социально-экономического развития; удовлетворять наравне с субъектами публичной власти потребности населения в отдельных отраслях социальной сферы (здравоохранение, рекреация, образование, культура, сфера услуг).

Результатом подобного непартнерского отношения государства к малому бизнесу явилось ненадлежащее выполнение последним социальной функции за счет увеличения задолженности по уплате налогов и взносов в государственные внебюджетные фонды, сокращения численности работников при одновременном увеличении просроченной задолженности по заработной плате.

В настоящее время назрела необходимость переосмысления «потребительского» отношения власти к индивидуальному предпринимательству путем учета особенной осуществления ими публичной социальной функции. Данная особенность напрямую связана с основной частной целью предпринимательской деятельности – извлечение прибыли.

При этом основу взаимодействия индивидуального предпринимательства и субъектов публичной власти в социальной сфере должны составлять ценности, заложенные в Конституции РФ и определяющие становление России как правового государства с социально ориентированной экономикой: институт прав и свобод человека и гражданина (глава 2 Конституции РФ); признание Российской Федерации социальным государством (ч.1 ст. 7 Конституции РФ); свобода экономической деятельности (ч.1 ст. 8 Конституции РФ); признание и защита равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (ч.2 ст. 8 Конституции РФ). Следует учесть, что развитие социально ориентированного (ответственного) бизнеса становится возможным только при «ответственном государстве,... которое создает благоприятный инвестиционный и предпринимательский климат, иначе у бизнеса для социальной деятельности просто не будет ресурсов»¹².

В силу данного обстоятельства, установление паритета индивидуального предпринимательства и субъектов публичной власти в социальной сфере считаем возможным при условии четкой дифференциации способов «воздействия» государства на социально ответственное поведение индивидуального предпринимательства. Необходимость подобной дифференциации обусловлена следующим обстоятельством: в последнее время в выступлениях руководителей крупных предприятий, представителей властных структур все чаще стали говорить о «социальной ответственном» либо «социально безответственном» поведении предпринимателей, однако критерии определения наличия либо отсутствия подобного поведения не совсем понятны. Например, можно ли считать «социально безответственным» поведение индивидуального предпринимателя, который отказывается по принудительному «предложению» местных властей облагораживать территории, не имеющие никакого отношения к занимаемым им помещениям и находящимся в ведении муниципального образования.

Поэтому дифференциация должна осуществляться в зависимости от вида (внутренняя и внешняя) и формы (обязательная и добровольная) социальной функции индивидуального предпринимательства.

Внутренняя социальная функция индивидуального предпринимательства связана с совершенствованием внутренней организации бизнеса посредством обеспечения работников благоприятными условиями жизни (повышение квалификации работников, санаторно-курортное лечение, дополнительное медицинское и социальное страхование работников) и представляет собой способ инвестирования в устойчивое развитие бизнеса на перспективу. Следует отметить, что внутренняя социальная функция, хотя и затрагивает социальные права граждан, но реализуется в форме добровольной деятельности индивидуального предпринимателя. В силу данного обстоятельства за ненадлежащее осуществление индивидуальным предпринимателем внутренней социальной функции негативная юридическая ответственность наступить не может. Следовательно, и способы воздействия на социальную ответственность бизнеса в этой сфере должны быть особыми.

Учитывая, что основной целью большинства сегодняшних частных предпринимателей является максимальное получение высокой прибыли в возможно короткие сроки, следует признать, что внутренняя социальная функция в их деятельности практически не проявляется. Представляется, что подобный подход предпринимателей к реализации внутренней социальной функции выступает следствием отсутствия корреспондирующих действий субъектов публичной власти, направленных на формирование интереса предпринимателя (например, путем понижения арендной платы предпринимателям, уделяющим особое внимание социальным вопросам деятельности работников), то есть следствием неприменения государством к предпринимателям, уделяющим особое внимание вопросу осуществления внутренней социальной функции мер позитивной юридической ответственности. Кроме того, активизировать положительные действия

предпринимателей в этом аспекте призвана и моральная «социальная ответственность» перед обществом, которая может стать действенной только при условии создания в государстве такого количества рабочих мест, когда лица, ищущие работу, будут иметь реальную возможность выбора между предпринимателем, осуществляющим внутреннюю социальную функцию и предпринимателем, её не осуществляющим. В настоящее время, индивидуальные предприниматели «в погоне за прибылью» не спешат вкладывать свои финансовые средства в человека, понимая, что даже без этих дополнительных гарантий работники для его фирмы найдутся. Таким образом, в современных условиях только за счет активной политики государства могут быть созданы реальные условия для повышения моральной «социальной ответственности» бизнеса перед обществом при реализации внутренней социальной функции. Государству необходимо осознать, что осуществление предпринимателем действий, направленных на создание благоприятных социальных условий труда работников, может оказать не только положительное влияние на развитие бизнеса, но и стать серьезным подспорьем при решении государством (муниципальными образованиями) задач социально-экономического развития страны в целом.

Внешняя социальная функция индивидуального предпринимательства связана с обеспечением занятости, самозанятости населения, благотворительной деятельностью предпринимателя и т.д. и проявляется в обязательной и добровольной формах. Реализация обязательной формы внешней социальной функции заключается в надлежащем исполнении индивидуальным предпринимателем социальных обязанностей, связанных, в том числе и с хозяйственной деятельностью: своевременная уплата законно установленных налогов и сборов; выплата заработной платы в размере не ниже уровня, установленного законодателем; соблюдение норм трудового законодательства, в том числе и по вопросам охраны труда. За ненадлежащую реализацию индивидуальным предпринимателем обязательной формы внешней социальной функции

наступает негативная юридическая ответственность перед государством, свидетельствующая о незаконном поведении предпринимателя, равно как и о безответственном социальном поведении (моральная ответственность).

Важность внешней публичной социальной функции предпринимательства возрастает в свете Указа Президента РФ от 12 мая 2009г. № 537 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года»¹³, провозгласившего социальную стабильность в обществе в качестве одной из целей национальной безопасности (п. 35).

Проводя социальную политику, одним из направлений которой является содействие в реализации права на труд (ст. 7, ч.1 ст.37 Конституции РФ), государство поддерживает развитие индивидуальной предпринимательской деятельности как формы самозанятости населения. Особое внимание этому аспекту уделяется в ситуации финансового кризиса, когда увеличивается численность безработных граждан. Так, по данным Федеральной службы государственной статистики России, уровень безработицы, исчисленный как отношение численности безработных к численности экономического активного населения, в мае 2009г. составил 8,5 % и был на 3,1 процентного пункта выше, чем в мае 2008г¹⁴. С целью сокращения уровня безработицы государством предпринимаются меры, которые одновременно выступают как форма защиты и обеспечения реализации конституционных ценностей (институт прав и свобод человека и гражданина; поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности; социальный характер российского государства). К числу таких мер относится вовлечение в предпринимательскую деятельность граждан, оставшихся без работы. В соответствии с постановлением Правительства РФ от 31 декабря 2008г. №1089 «О дополнительных мероприятиях, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации»¹⁵ предусматривается предоставление субсидий из федерального бюджета для софинансирования мероприятий по содействию развитию малого предпринимательства и самозанятости безработных граждан в размере

равном 12-кратной максимальной величине пособия по безработице. Аналогичные меры предпринимались государством и ранее с целью снятия напряжения на рынке труда в отдельных регионах страны, либо в отдельных отраслях¹⁶. Подход законодателя в этом аспекте представляется целесообразным, так как государство, стимулируя развитие индивидуальной предпринимательской деятельности, обеспечивая занятость трудового населения (одно из направлений социальной политики государства), одновременно увеличивает доходы консолидированного бюджета Российской Федерации за счет уплаты налогов и сборов.

Однако, как отметил руководитель центра социальной политики Института экономики РАН Е. Гонтмахер, «в связи с тем, что открытие собственного дела сопряжено с риском, при этом желающим начать вести бизнес как минимум необходимо обладать предпринимательскими навыками, поэтому большинству людей это не нужно, они хотят быть наемными работниками»¹⁷. Вместе с тем, не все граждане, оставшиеся без работы, придерживаются такого мнения. По заявлению директора департамента социального развития Тюменской области, «с начала 2009 года 317 безработных жителей региона получили единовременную денежную выплату и стали предпринимателями»¹⁸. Поэтому в целом, данную меру следует рассматривать как положительную, учитывающую конституционные ценности и направленную на установление баланса во взаимодействии власти и бизнеса.

Важным проявлением внешней социальной функции индивидуального предпринимательства следует признать осуществление экономической деятельности непосредственно в социальной сфере. По данным Управления Федеральной налоговой службы по Оренбургской области, на рынке услуг продолжает доминировать число индивидуальных предпринимателей: если в I квартале 2007г. оказывали бытовые услуги 1085 индивидуальных предпринимателей и 817 юридических лиц, то в I квартале 2008 г. этот показатель составил соответственно 1212 и 695; в I квартале 2009

г. - 1371 индивидуальных предпринимателей и 554 юридических лиц¹⁹. Объем платных услуг населению (в том числе образовательных, медицинских, санаторно-оздоровительных услуг) по Оренбургской области, оказанных индивидуальными предпринимателями населению за период с января 2009г. по апрель 2009г., составил 3012 млн. рублей (что на 21,1 % больше чем за аналогичный период 2008г.)²⁰.

Доступ государством индивидуальных предпринимателей к социальной сфере обеспечивает, с одной стороны, увеличение доходной части консолидированного бюджета за счет уплаты налогов и сборов, а с другой стороны, в силу закрепленных в Конституции РФ принципов (единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, работ, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности, признание и защита равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (ст. 8 Конституции РФ)), - реализацию социальных прав граждан: право на охрану здоровья и медицинскую помощь (ч.1 ст. 41 Конституции РФ); право на образование (ч.1 ст. 43 Конституции РФ), - в том числе на основе свободного выбора гражданином организации или лица, оказывающего соответствующую услугу, при соблюдении равенства всех форм собственности.

Однако не всегда в социальной сфере при всей её важности и безусловной необходимости осознания предпринимателем социальной ответственности, бизнес ведет честную «социально ответственную» игру, что особо остро проявилось в фармацевтической деятельности предпринимателей в эпидемический период (распространение в России осенью 2009 года вируса типа А/Н1N1). В условиях увеличения спроса на противовирусные препараты некоторые предприниматели в погоне за быстрой прибылью в нарушение положений действующего законодательства²¹ серьезно завысили стоимость лекарственных средств («Арбидол», «Ремантадин» и т.д.) и изделий медицинского назначения

(маски), несмотря на то, что производители товаров цены не повышали, что сделало данные жизненно необходимые во время эпидемии препараты недоступными для многих российских семей. Так, в Самарской, Ульяновской и Оренбургской области торговые надбавки предпринимателей на жизненно важные лекарственные средства и изделия медицинского назначения составили более 100 %²². Подобные примеры достаточно часто встречаются на практике, когда происходит столкновение частных интересов бизнеса и конституционных принципов, составляющих основу взаимодействия предпринимательства и государства. И зачастую преломления частных интересов бизнеса не происходит.

Учитывая, что при осуществлении индивидуальной предпринимательской деятельности затрагиваются конституционные права и свободы (в том числе и социальные) не только, гражданина, осуществляющего данный вид деятельности, но и иных лиц, федеральный законодатель в рамках предоставленных ему полномочий по правовому регулированию предпринимательской деятельности вправе определить порядок и условия её осуществления, устанавливая с учетом специфики тех или иных видов деятельности дополнительные требования к занимающимся этой деятельностью предпринимателям, а также вводить те или иные ограничения, которые, однако, должны соответствовать критериям, предусмотренным в ч.3 ст. 55 Конституции РФ²³. Таким образом, свобода предпринимательской деятельности, не являясь абсолютной, может быть ограничена федеральным законом в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, что, по справедливому мнению Е.Н. Дорошенко, «обусловлено сомой сущностью данной свободы и является неотъемлемым условием её сохранения и развития, если мы рассматриваем её не как совокупность субъективных правомочий отдельного субъекта, а как принцип функционирования всей рыночной системы»²⁴. При этом «система сбалансированных

конституционных ограничений позволяет государству обеспечить учет публичных интересов» в деятельности предпринимателей – «носителей частного интереса»²⁵. Отсутствие баланса приводит не только к нарушению прав индивидуальных предпринимателей, но и может привести к ограничению прав (в том числе и социальных) иных граждан. На данное обстоятельство обратил внимание Конституционный Суд РФ в Определении от 3 июля 2007г. №633-О-П «По жалобе гражданина Тимова Евгения Михайловича на нарушение его конституционных прав рядом положений Федерального закона «О радиационной безопасности населения» и Положения о лицензировании деятельности в области использования источников ионизирующего излучения». Поэтому обоснование введения ограничений предпринимательской деятельности должно осуществляться на всесторонней основе: не только с точки зрения защиты прав и законных интересов третьих лиц, но и под углом обеспечения реализации иных конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Так, с учетом возможного негативного влияния на сферу нравственности, здоровье, права и законные интересы других лиц, федеральный законодатель ограничил доступ индивидуальных предпринимателей к сфере азартных игр, предусмотрев в п.5 ст. 4 Федерального закона от 29 декабря 2006г. № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»²⁶ правило, согласно которому организатором азартной игры может быть только юридическое лицо, осуществляющее деятельность по организации и проведению азартных игр. С 1 июля 2006 года в силу специфики производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции как объектов гражданских прав, а также в целях защиты жизни и здоровья граждан²⁷ был прекращен доступ индивидуальных предпринимателей к сфере поставок и (или) розничной продажи алкогольной продукции (п.1 ст. 16, ст. 19 Федерального закона от 22

ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта и алкогольной продукции»²⁸ с изменениями, внесенными Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 102-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» и о признании утратившими силу отдельных положений Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»²⁹). Рассмотренные положения законодательства отражают всесторонний подход государства к введению ограничений права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной незапрещенной законом экономической деятельности (ч.1 ст. 34 Конституции РФ): с одной стороны государство ограничивает доступ к обозначенным сферам индивидуальных предпринимателей с целью защиты нравственности, жизни и здоровья человека и гражданина, учитывая специфику тех или иных видов деятельности, что однако не препятствуют реализации гражданином права на предпринимательскую деятельность путем образования юридического лица; с другой стороны, подобные ограничения направлены в том числе и на защиту иных конституционных прав граждан. Меры, принятые законодателем представляются обоснованными в свете того, что предприниматели зачастую «в погоне за максимальной прибылью», путем реализации товаров, работ, услуг ненадлежащего качества, невыполнения требований законодательства в части ограничения реализации некоторых объектов гражданских прав определенным категориям субъектов (например, несовершеннолетним), «забывают» о необходимости соблюдать конституционные права иных граждан.

Однако не всегда субъектами публичной власти при принятии мер, направленных на реализацию социальных прав граждан, в полном объеме учитываются конституционные ценности, составляющие основу

взаимодействия с предпринимательством. Результатом подобного подхода является и перевод добровольной внешней социальной функции бизнеса (благотворительность) в обязательную сферу, что приводит к нарушению прав предпринимателей.

Особенность реализации индивидуальными предпринимателями внешней социальной функции обусловлена возможностью субъектов публичной власти «заставить» индивидуального предпринимателя исполнить социальные обязательства в силу того, что отношения власти и бизнеса в данном аспекте строятся преимущественно по принципу «власть - подчинение».

Вместе с тем подобные действия являются неприменимыми в отношении осуществления добровольной формы выражения внешней социальной функции, которая заключается в возможности сохранения существующих и предоставления новых рабочих мест, оказания благотворительной помощи субъектам Российской Федерации и муниципальным образованиям, и реализуется предпринимателями на добровольной основе.

Результатом современного подхода государства к индивидуальному предпринимательству как к особому рода «собесу» является перевод в одностороннем порядке субъектом публичной власти добровольной формы социальной функции бизнеса в обязательную, что неминуемо приводит к нарушению прав предпринимателей, формированию негативного отношения с их стороны к властным структурам и, как результат, к своего рода «протесту» в виде ненадлежащего выполнения обязательной формы социальной функции. Примером чего может служить возложение на предпринимателей «добровольной обязанности» по украшению муниципальных образований при проведении праздничных мероприятий³⁰. По словам исполняющего обязанности начальника управления дизайна городской среды и рекламы г. Омска П. Журавлева: «Оформление торговых точек – это обязанность для предпринимателей, так как они тоже жители

Омска, но при этом ещё и осуществляют посреднические функции, являясь продавцами»³¹. Как отмечают законодатели г. Оренбурга, «благоустройство – это состояние среды жизнедеятельности населения на территории города Оренбурга, оцениваемое с точки зрения её потребительских качеств, а также жизнедеятельность по поддержанию и улучшению потребительских качеств состояния среды жизнедеятельности»³². Среди обязанностей предпринимателей по благоустройству муниципального образования в Правилах благоустройства города Оренбурга нет указания на обязанности по украшению фасадов, витрин, помещений и связано это с тем, что обязанности предпринимателей по благоустройству являются составной частью исправного содержания имущества (в том числе и арендованного у государства или муниципальных образований), а украшение имущества с его исправным содержанием не связано. Таким образом, концепция праздничного оформления муниципального образования не носит нормативного характера, поэтому за его неисполнение либо ненадлежащее исполнение не могут применяться меры юридического воздействия. Отметим, что подобные распоряжения, как правило, нигде не публикуются, а если и подлежат официальному опубликованию, то об обязанностях предпринимателей не упоминают: постановлением Главы города Оренбурга от 16 декабря 2008г. № 7610-п «О проведении новогодних мероприятий»³³ соответствующие обязанности были возложены на органы местного самоуправления и муниципальные унитарные предприятия, однако негласно всех предпринимателей города обязали создать праздничную атмосферу. Подобный потребительско-властный подход муниципальных образований к реализации добровольной внешней социальной функции предпринимательства не способствуют установлению прозрачности взаимодействия и формирует у предпринимателей отношение недоверия к власти. Кроме того, данный вид деятельности индивидуальных предпринимателей с тем содержанием, которое в настоящее время вкладывают в неё властные структуры, не может рассматриваться в качестве

благотворительности, поощряемой в соответствии с ч. 3 ст. 39 Конституции РФ. Согласно ст. 1 Федерального закона от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях»³⁴ под благотворительной деятельностью понимается добровольная деятельность граждан и юридических лиц по бескорыстной (безвозмездной или на льготных условиях) передаче гражданам или юридическим лицам имущества, в том числе денежных средств, бескорыстному выполнению работ, предоставлению услуг, оказанию иной поддержки, при этом в законе четко обозначены цели благотворительной деятельности, под которые обязанность индивидуальных предпринимателей по праздничному оформлению муниципальных образований не предусмотрена, поэтому и предоставление преференций предпринимателям, содействующим муниципальным образованиям в решении вопросов местного значения, а равно привлечение к ответственности (за счет создания препятствий в пользовании определенными благами (например, арендованным имуществом), в допуске к муниципальным заказам и т.д.) являются незаконными, и противоречат основной цели конституционно-правового регулирования индивидуальной предпринимательской деятельности – установление баланса взаимодействия частных и публичных структур. Придание благотворительной деятельности индивидуального предпринимательства, обладающего ограниченными в сравнении с крупным бизнесом финансовыми ресурсами, формы «торга» выводит отношения «бизнеса и власти» из сферы открытости в теневую сферу.

Индивидуальное предпринимательство готово принять на себя и выполнять надлежащим образом социальные обязательства, но это должно происходить в рамках долгосрочного официального сотрудничества, а не в результате разовых личных договоренностей, не подкрепленных на правовой основе корреспондирующими обязанностями властных структур. Показательным в этом аспекте является пример г. Санкт-Петербурга, когда Комитет экономического развития, промышленной политики и торговли в

преддверии новогодних праздников объявил в 2004 году городской конкурс «Сделаем город красивым» на лучшее оформление предприятий сферы потребительского рынка³⁵.

В целом следует признать, что социальная ориентация индивидуальной предпринимательской деятельности за счет таких её свойств как мобильность и «нечувствительность» к внешним условиям рынка имеет особо важное значение для становления российской государственности, особенно в условиях финансового кризиса. При этом индивидуальное предпринимательство изначально является социально ответственным (в силу наличия у него обязанностей по осуществлению внешней публичной социальной функции). Однако «стать локомотивом»³⁶ социального роста России, она сможет только тогда, когда государство и муниципальные образования на нормативном уровне проведут дифференциацию подходов к индивидуальной предпринимательской деятельности, как к деятельности, направленной на осуществление публичной социальной функции.

С целью обеспечения надлежащего и действенного функционирования механизмов взаимодействия предпринимательства с государственными и муниципальными органами власти в рамках закрепленной в Конституции РФ партнерской модели государству и индивидуальным предпринимателям необходимо, во-первых, четко обозначить конституционные ценности, составляющие основу такого взаимодействия, и «преломить» интересы сторон в этом аспекте; во-вторых, четко обозначить степень участия государственных и муниципальных органов власти в социальной сфере бизнеса, путем введения в оборот понятия «субсидиарная социальная ответственность индивидуального предпринимательства», означающего:

- 1) что бизнес несет ответственность перед обществом только в рамках надлежащей реализации обязательной формы внешней социальной функции;

2) для того, чтобы бизнес взял на себя дополнительную ответственность перед обществом при реализации внутренней и добровольной формы внешней социальной функции, государство обязано создать соответствующие условия, за счет осуществления корреспондирующих действий, стимулирующих предпринимательскую активность.

¹ Шахрай С.М. Конституция – это желаемый образ будущего // Закон. -2009. -№ 2. -С.253.

² Стрельченко Т.Г. Особенности механизма взаимодействия предпринимательства и региональных властных структур: дисс.... канд. экономич. наук.- Кострома, 2005. -С. 42.

³ Стрельченко Т.Г. Указ. соч. - С. 42-43.

⁴ Зражевская Т.Д. Ответственность по советскому государственному праву. Изд-во Воронежского ун-та, 1980. -С. 23, 28-30, 50.

⁵ Зражевская Т.Д. Указ. соч. - С. 27, 28, 29-33.

⁶ Зражевская Т.Д. Указ. соч. - С. 45.

⁷ Социальная ответственность бизнеса: актуальная повестка / Под ред. С.Е. Литовченко, М.И. Корсакова.- М., 2003. -С. 15.

⁸ Постановление Правления Торгово-промышленной палаты РФ от 23 декабря 2003г. № 71-7 «О социальной ответственности бизнеса в современной России» // СПС «ГАРАНТ».

⁹ В 2007 году Социальная хартия российского бизнеса официально признана национальным документом, соответствующим Глобальному Договору ООН.

¹⁰ Собрание законодательства РФ. -2003. -№ 34. -Ст. 3396.

¹¹ Социальная хартия российского бизнеса. Редакция 2007г.- М., 2008.- С. 10.

¹² Шохин А. Без социально ответственного государства не может быть социально ответственного бизнеса. - 2005. – (<http://vtnplus.ru>).

¹³ Собрание законодательства РФ. -2009.- № 20.- Ст. 2444.

¹⁴ Занятость и безработица в Российской Федерации в мае 2009 года (по итогам обследования населения по проблемам занятости). // Официальный сайт Федеральной службы государственной регистрации. - (<http://www.gks.ru>).

¹⁵ Собрание законодательства РФ. -2009. -№2. -Ст. 266. (С изм. и доп.)

¹⁶ См., например: Постановление Правительства РФ от 22 февраля 2000г. № 146 «О трудовой занятости населения на Северном Кавказе» (Собрание законодательства РФ. -2000. -№ 9. -Ст. 1035); Приказ Минэнерго РФ от 19 июня 2002г. № 185 «Об утверждении Положения о формировании и реализации программ местного развития и обеспечения занятости для шахтерских городов и поселков, финансируемых за счет средств государственной поддержки угольной отрасли» (Российская газета. -2002. -21 августа. -№ 156).

¹⁷ <http://www.vz.ru>.

¹⁸ Глушкова Е. Сам себе работодатель. Информационный портал «ОПОРА России». 24 июня 2009г. – (<http://www.opora.ru>).

¹⁹ Официальный сайт Управления Федеральной налоговой службы РФ по Оренбургской области.- (<http://www.r56.nalog.ru>).

²⁰ Социально-экономическое положение Оренбургской области в январе- мае 2009 года.- Оренбург, 2009.- С. 20-21.

²¹ См., например: Постановление Правительства РФ от 9 ноября 2001г. № 782 «О государственном регулировании цен на лекарственные средства» (Собрание законодательства РФ. 2001. № 47. Ст. 4448); Постановление Правительства РФ от 8 августа 2009г. № 654 «О совершенствовании государственного регулирования цен на жизненно необходимые и важные лекарственные средства» (Собрание законодательства РФ. -2009. -№ 33.- Ст. 4086).

-
- ²² Росздравнадзор: В 2009 г. рост цен на лекарственные средства превысил темпы роста инфляции. // Информационный портал фармацевтической индустрии «Фармацевтический вестник». - (<http://www.pharmvestnik.ru>).
- ²³ Подобный подход изложен в Определении Конституционного Суда РФ от 3 июля 2007г. № 633-О-П «По жалобе гражданина Тимова Евгения Михайловича на нарушение его конституционных прав рядом положений Федерального закона «О радиационной безопасности населения» и Положения о лицензировании деятельности в области использования источников ионизирующего излучения» // Текст опубликован: Собрание законодательства РФ.- 2007.- № 46.- Ст. 5642.
- ²⁴ Дорошенко Е.Н. Конституционно- правовое регулирование экономических отношений: дисс. ... канд. юрид. наук.- М., 2004.- С. 122.
- ²⁵ Логачева Н.Ю. Коммерческие организации как субъекты конституционно- правовых отношений в Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. -С. 22.
- ²⁶ Собрание законодательства РФ. -2007.- № 1 (Часть I).- Ст. 7.
- ²⁷ П.2 Определения Конституционного Суда РФ от 4 октября 2006г. № 456-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Барулиной Натальи Александровны, Душенко Александра Викторовича и Кознова Вячеслава Валентиновича на нарушение их конституционных прав положениями пункта 1 статьи 16 и пункта 10 статьи 18 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» // Текст Определения опубликован в дайджесте официальных материалов и публикаций периодической печати «Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии». -2007. -№ 2.
- ²⁸ Собрание законодательства РФ. -1995.- № 48. -Ст. 4553. (С изм и доп.)
- ²⁹ Собрание законодательства РФ. -2005. -№ 30 (Часть I).- Ст. 3113. (С изм. и доп.)
- ³⁰ См., например: Кто подготовился к празднику? 14 мая 2004г.// Пресс-служба Администрации города Кургана. -(<http://www.kurgan-city.ru>); Есть установка весело встретить праздник. 2008г. // Газета «Новые известия». -(<http://www.newizv.ru>).
- ³¹ Князев Е. Город украсят // Газета «Коммерческие Вести».- № 28 (598).- 16.07. 2003г.
- ³² П. 1.4.1 Постановления Оренбургского городского Совета от 28 февраля 2006г. № 16 «Об утверждении Правил содержания и благоустройства города Оренбурга» (далее – Правила благоустройства города Оренбурга) // Вечерний Оренбург.- 2006.- 15 марта. -№ 11.
- ³³ Вечерний Оренбург. -2008. -24 декабря. -№ 52.
- ³⁴ Собрание законодательства РФ.- 1995. -№ 33. -Ст. 3340. (С изм. и доп.)
- ³⁵ Официальный сайт Комитета экономического развития, промышленной политики и торговли г.Санкт-Петербурга.- (<http://www.cedipt.spb.ru>).
- ³⁶ Жуков А. Шестой экономический форум в Красноярске. - (www.vesti.ru).

ГАРАНТИИ ПО НОРМАМ ТРУДОВОГО ПРАВА

ЗОРИНА Е.М.,

к.п.н., старший преподаватель кафедры трудового

и предпринимательского права,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

***Ключевые слова:** социальная политика Российской Федерации, трудовые отношения, юридические гарантии трудовых прав, гарантии в сфере труда, гарантийные выплаты, доплаты, способы обеспечения трудовых прав, гарантии защиты трудовых прав работников.*

В статье автор анализирует практико-правовые проблемы, связанные с применением действующей нормативно-правовой базы, регулирующей предоставление гарантий и компенсаций работникам в ситуациях, установленных и четко определенных трудовым законодательством.

В статье рассмотрены вопросы гарантий в трудовом праве, их законодательного определения, а также обязательного применения в определенных случаях.

***Keywords:** social policy to Russian Federation, labor relations, legal warranties of the labor rights, warranties in sphere of the labour, warranty payments, additional charges, ways of the ensuring the labor rights, warranties of protection of the labor rights workman.*

In article author analyses the practical person-legal problems, connected with using acting normative-legal base, adjusting granting warranty

and compensation workman in situation, installed and clearly determined by labor legislation.

We shall Consider the questions a warranty and compensation, their legislative determination, as well as obligatory using in determined events.

Наиболее масштабной задачей социально ориентированной экономики государства России является деятельность по социальной защите всех слоев общества и по выработке стратегии эффективной социальной политики. Формой ее реализации выступает фактический образ действий государства, воплощенный в социальную политику, которая охватывает все сферы экономических отношений в стране. Одним из важнейших направлений его деятельности является регулирование занятости и стимулирование высококвалифицированного и производительного труда и, как следствие, увеличения национального дохода. Социальная политика государства по своей природе должна быть единой, однако из-за особенностей социального пространства России она является неоднородной. И это не отклонение от единой нормы, а результат множества противоречивых условий, формирующих неравномерность социального пространства государства. Социальными реформами логично считать коренные изменения в предмете, перечне и масштабах социальных обязательств государства перед гражданами, в организации и механизме их исполнения. При этом, чем менее конституционен (т.е. менее обстоятельно закреплен в основном законе) и чем более подзаконен и регионален массив рассматриваемых социальных обязательств, тем легче “центру” осуществлять свои преобразования. Главная цель социальной политики современного российского государства – это достижение благосостояния человека и общества, обеспечение равных и справедливых возможностей для развития личности. В их число входят: охрана труда и здоровья людей;

установление гарантированного минимального размера оплаты труда; обеспечение государственной поддержки семьи, инвалидов и пожилых людей; развитие системы социальных пособий и иных гарантий социальной защиты. Российское государство осуществляет программы подготовки, профессионального обучения и переквалификации работников, гарантировать выплату пособий по безработице; обеспечивать предоставление компенсаций работникам, высвобождаемым с предприятий, выплату стипендии в период профессиональной подготовки, переподготовки или повышения квалификации и т.д.

В настоящее время большое внимание уделяется созданию здоровых и безопасных условий труда, обеспечению для лиц, занятых в отраслях с тяжелыми, опасными или вредными условиями труда, дополнительных льгот и гарантий¹.

Как известно, под юридическими гарантиями трудовых прав понимаются организационно-правовые средства, установленные трудовым законодательством для надлежащей реализации этих прав, а также их защиты.

Трудовой кодекс Российской Федерации (ч.1ст.1) в качестве цели трудового законодательства называет установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан.

Вместе с тем в ч.1 ст.164 ТК РФ закреплено положение о том, что гарантиями в сфере труда являются средства, способы и условия, при помощи которых обеспечивается осуществление предоставленных работникам прав в области социально-трудовых отношений.

Таким образом, о гарантиях в трудовых отношениях можно говорить в широком и узком смысле. В широком смысле, понятие "гарантии" включает в себя цели, задачи, а также принципы правового регулирования труда, и представляет собой основы трудового законодательства, направленные на обеспечение возможности реализации работниками и работодателями, в том числе их представителями,

предоставленных трудовых прав. В свою очередь в узком смысле, гарантии в сфере труда призваны обеспечить сохранение за работником места работы, средней заработной платы и иных условий труда в случаях, установленных трудовым законодательством, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, а также коллективными договорами, соглашениями, локальными нормативными правовыми актами и трудовыми договорами. В настоящей статье понятие "гарантии" будет применяться в широком смысле.

В соответствии со ст.2 ТК РФ, одним из принципов правового регулирования трудовых и иных, непосредственно связанных с ними отношений, является обеспечение права каждого на защиту государством его трудовых прав и свобод, включая судебную защиту. Приведенная норма-принцип выступает одной из гарантий реализации, в частности, работниками предоставленных им социально-трудовых прав.

Раздел XIII ТК РФ посвящен защите трудовых прав и свобод работников и работодателей. При этом в силу ст.2, 18, 45 Конституции РФ работники вправе защищать свои права всеми способами, не запрещенными законом, тогда как работодатели для защиты своих прав могут использовать лишь способы, прямо предусмотренные законом.

Трудовым законодательством определены случаи предоставления гарантий и компенсаций. При этом перечень предусмотренных ТК РФ гарантий является, на наш взгляд, открытым, хотя это прямо не следует из содержания норм ТК РФ. Они могут быть дополнены на коллективно-договорном, локальном и индивидуально-договорном уровнях правового регулирования трудовых отношений. Более того, эти гарантии могут быть расширены, увеличены на вышеназванных уровнях правового регулирования².

Гарантии, установленные законодательством и обеспечивающие реализацию предоставленных работникам прав, могут носить как нематериальный (например, сохранение места работы, должности,

предоставление другой работы), так и материальный (сохранение среднего заработка на период учебного отпуска, ежегодного отпуска, служебной командировки) характер.

В качестве гарантий нередко выступают гарантийные выплаты и доплаты. Гарантийными называются такие выплаты, которые производятся работникам за время, когда они фактически не исполняли своих трудовых обязанностей по уважительным причинам, предусмотренным законом. Они, по общему правилу, заменяют заработную плату работника, гарантийные доплаты идут сверх заработной платы. И гарантийные выплаты, и доплаты преследуют цель не допустить снижения заработка работника в случаях, когда он освобождается от выполнения трудовых обязанностей. Отличие их от заработной платы в том, что заработная плата выплачивается в результате труда, а гарантийные выплаты выплачиваются не за труд, его результаты, а гарантируют оплату в предусмотренных законом случаях³.

Все гарантийные выплаты можно классифицировать на следующие виды:

- зависящие от производства или действий руководителя (оплата времени простоя по вине работодателя, оплата времени вынужденного прогула при незаконном увольнении, выходное пособие при увольнении);
- обеспечивающие право работника на оплачиваемый отпуск (трудовой, учебный, социальный);
- гарантийные доплаты: несовершеннолетним за сокращенное рабочее время; за отдельные виды перерывов; при переводе на более легкую (нижеоплачиваемую) работу;
- не зависящие от производства, но необходимые для государства и общества (выполнение государственных обязанностей, участие в коллективных переговорах, прохождение военных сборов и др.)

Помимо возмещения расходов, понесенных работником, законодательством предусмотрена денежная компенсация морального вреда, причиненного работнику (ст. 237 ТК).

Помимо общих гарантий и компенсаций, предусмотренных ТК РФ (гарантии при приеме на работу, переводе на другую работу, по оплате труда и др.), работникам предоставляются гарантии и компенсации в следующих случаях: при направлении в служебные командировки; при переезде на работу в другую местность; при исполнении государственных или общественных обязанностей; при совмещении работы с обучением; при вынужденном прекращении работы не по вине работника; при предоставлении ежегодного оплачиваемого отпуска; в некоторых случаях прекращения трудового договора; в связи с задержкой по вине работодателя выдачи трудовой книжки при увольнении работника; в других случаях, предусмотренных ТК РФ и иными федеральными законами⁴.

Так, ветераны боевых действий имеют право на бесплатное обучение новым профессиям по месту работы, на курсах повышения квалификации в системе государственной подготовки и переподготовки кадров, сохранение оплаты труда (в размере 100 процентов тарифной ставки) по последнему месту работы в течение всего периода обучения.

Гражданам Российской Федерации, подвергшимся радиационному воздействию вследствие ядерных испытаний на Семипалатинском полигоне, производится доплата до размера прежнего заработка при переводе по медицинским показаниям на нижеоплачиваемую работу. Эта доплата согласно федеральному закону от 19 августа 1995г. № 149-ФЗ «О социальной защите граждан, подвергшихся радиационному воздействию вследствие ядерных испытаний на Семипалатинском полигоне» осуществляется организациями до восстановления трудоспособности или установления инвалидности⁵.

При этом необходимо помнить, что механизм воздействия юридических гарантий заключается в том, что, будучи выраженными в правовых нормах, они либо способствуют оптимальной свободе действий работника по осуществлению своих правомочий, либо под угрозой применения санкций побуждают обязанных лиц к выполнению требований уполномоченного субъекта. В одних случаях трудовые гарантии предупреждают нарушения обязанными субъектами трудовых прав, в других - устанавливают границы действий обязанных лиц, в третьих - обеспечивают возможность своевременного обжалования действий, нарушающих права, в четвертых - обеспечивают возмещение виновными лицами материального ущерба, вызванного нарушением ими прав. При этом характерной особенностью юридических гарантий осуществления трудовых прав является участие в защите этих прав профсоюзов как законных представителей прав и интересов работников.

Из изложенного следует, что для обеспечения реализации трудовых прав работников законодательство располагает большим арсеналом правовых средств. Гарантией реализации трудовых прав работников выступает выбор различных способов защиты. Однако на практике наблюдается разрыв между установленными гарантиями трудовых прав и фактическими возможностями работников по их реализации. Не случайно в последнее время уровень защищенности лиц наемного труда существенно снизился. Особенно это характерно для работников, состоящих в трудовых отношениях с организациями частной формы собственности. Зачастую работодатели, вопреки требованиям законов, бесцеремонно навязывают свою волю работникам, лишая их тем самым трудовых прав.

Поскольку работник является наиболее слабой стороной трудовых отношений, особую значимость приобретает повышение эффективности государственной и общественной защиты его

трудовых прав, что немыслимо без усиления контрольно-надзорной функции государства и профессиональных союзов в сфере труда⁶.

В целях полного обеспечения реализации трудовых прав работников возникает необходимость в более активном применении со стороны контролирующих и правоохранительных органов системы мер, направленных на выявление нарушений трудового законодательства, своевременное их пресечение и привлечение лиц, виновных в совершении правонарушений, к ответственности. Следует иметь в виду, что установленная законом ответственность за нарушение трудового законодательства и иных нормативных актов, содержащих нормы трудового права, является одной из существенных гарантий защиты трудовых прав работников от произвола и нарушений со стороны работодателя. Лица, виновные в нарушении Трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, привлекаются в порядке, установленном ТК РФ и иными ФЗ, к дисциплинарной ответственности, а также к гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности (ст. 419 ТК РФ).

Государственные гарантии по нормам трудового права включают в себя широкую систему форм воздействия на их реализацию. Выделим следующие:

- 1) законодательное закрепление таких условий экономической деятельности всех ее субъектов, при которых субъект трудового права реально обладает всеми конституционно признанными трудовыми правами и свободами;

- 2) установление гарантированного минимального размера оплаты труда, государственных пенсий и пособий и иные гарантии социальной защиты; бесплатность образования на основаниях, предусмотренных законом; государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства;

3) осуществление контроля за соблюдением законодательства, обеспечивающего трудовые права и свободы;

4) создание правовых, политических, материальных, организационных условий для поддержки личной инициативы субъекта права в сфере труда;

5) эффективная защита трудовых прав и свобод в предусмотренных законом формах, в том числе и судебная защита.

Применительно к каждому из видов трудовых прав и свобод роль государства как их гаранта имеет и специфические формы выражения.

¹ Васильев Ю. Гарантии установленные трудовым законодательством // "Бюджетные учреждения здравоохранения: бухгалтерский учет и налогообложение", № 9, сентябрь 2008 г.

² Зайцева О.Б., Бербина О.П., Черепанцева Ю.С. Учебный курс трудового права для студентов юридических вузов; издание переработанное и дополненное. Оренбург: ООО «Агентство Пресса», 2010. С. 226

³ Гаврилина А.К. Гарантии и компенсации // Трудовое право. 2004. №5.

⁴ Гейц И.В. Трудовые и социальные гарантии, льготы, компенсации. М., 2003.

⁵ Кучма М.И. Гарантии и компенсации // Практика применения Трудового кодекса РФ. М., 2003.

⁶ Миронов В.И. Гарантии и компенсации // Трудовое право. 2002. №8

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО ХАРАКТЕРА

ФОМИН С.А.,

преподаватель кафедры конституционного и международного права,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: *инвестиционные соглашения, инвестиционный процесс, международное инвестиционное право, иностранный инвестор, иностранная инвестиция.*

В настоящей статье дается комплексное исследование правовой природы инвестиционных соглашений на основе анализа точек зрения российских и зарубежных ученых, международно-правовых норм и актов действующего законодательства РФ в данной области. Проблематика данной темы включает рассмотрение международно-правовой и национально-правовой составляющей, выделение административного и гражданского элементов, а также отграничение инвестиционных соглашений от иных гражданско-правовых договоров. В работе приводятся практические примеры, в том числе из судебной практики.

Keywords: *investment agreements, investment process, the international investment law, the foreign investor, the foreign investment.*

The article contains complex research of the legal nature of investment agreements on the basis of the analysis of the points of view of the Russian and foreign scientists, norms and acts of international Law and current legislation of the Russian Federation in this field. The problematics of the given theme includes

consideration of an international legal and national-legal component, allocation of administrative and civil elements, and also differentiation of investment agreements from other civil-law contracts. Practical examples, including judicial practice are given in the article.

Инвестиционные отношения, являясь разновидностью международных экономических отношений, имеют свою определенную специфику. Правовое регулирование зарубежных инвестиций осуществляется посредством правовых норм, имеющих разноуровневый характер, поскольку охватывает отношения между государствами, международными организациями, юридическими и физическими лицами. Следовательно, межгосударственные отношения в сфере правового регулирования инвестиций можно рассматривать как один из элементов межгосударственных экономических отношений, имея в виду в то же время, что, в целом, инвестиционные отношения регулируются системой международно-правовых норм и норм национально-правовой системы. Что касается международного инвестиционного права, регулирующего отношения межгосударственного характера, то оно является подотраслью международного экономического права.¹

Сущность правоотношений в сфере иностранных инвестиций состоит в создании правовых условий и гарантий инвесторам-собственникам, а также в определении соответствующих организационно - правовых форм инвестирования. Это и является характерной особенностью регулирования инвестиционных отношений - отношений собственности, о чем свидетельствует национальное и международное право. Именно в национальном праве, как и в специальных нормативных актах, например, в законодательстве об иностранных инвестициях, так и в нормативных актах общего характера (гражданское, торговое, финансовое, банковское,

таможенное законодательство) содержатся нормы, определяющие его правовые формы².

Правовое регулирование иностранных инвестиций зависит от видов и форм иностранного инвестирования. Так А.В. Воропаев предлагает выделить два вида иностранного инвестирования в едином международном инвестиционном процессе: государственное и частное³. Государственное иностранное инвестирование осуществляется в форме международных соглашений о займах, кредитах и т.д., как правило, в социально-экономическую инфраструктуру принимающего государства. В данном случае возникают отношения между субъектами международного инвестиционного права. Среди них можно выделить государства и международные организации - инвестиционные и иные банки и их институты, например, Международный Банк Реконструкции и Развития (МБРР) и его институты, Международный валютный фонд (МВФ) и другие. Характеризуя правовую природу подобных инвестиционных соглашений, можно сделать вывод о том, что они заключаются в форме международного договора и регулируются нормами международного права. Важное значение, с точки зрения создания благоприятного инвестиционного климата, имеет заключение двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций. Их тоже можно отнести к категории межгосударственных инвестиционных соглашений. Принципиальное отличие и выделение их в особую группу обусловлено тем, что они связаны с конкретным процессом инвестирования опосредованно. Эти соглашения касаются исключительно сферы правового регулирования инвестиционного процесса посредством принятия государствами на себя определенного рода обязательств для обеспечения гарантий на своей территории заранее неизвестным потенциальным инвесторам (в том числе частным) другого государства. Подобные соглашения (международные договоры) фиксируют ключевые принципы, стандарты и нормы двустороннего инвестиционного сотрудничества, обуславливающие для подписавших их стран стабильный

режим осуществления инвестиций. Россия заключила свыше 50 такого рода соглашений, из которых большинство было ратифицировано и вступило в силу. Расширение круга стран, с которыми имеются подобные соглашения, является перспективным направлением создания благоприятных условий для привлечения иностранных инвестиций в ситуации, когда нормативная база регулирования страдает серьезными недостатками. Особое значение они играют с точки зрения привлечения мелких и средних инвесторов. Правительство Российской Федерации одобрило в качестве основы для переговоров представленное Минэкономразвития России и согласованное с МИДом России, Минфином России и Минюстом России типовое соглашение между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений. В настоящее время действует Постановление Правительства РФ от 09.06.2001 № 456 (ред. от 11.04.2002) "О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений" Базовыми принципами таких соглашений являются:

- соблюдение интересов России как страны - реципиента капитала и страны-инвестора, с учетом первоочередной задачи привлечения в страну прямых инвестиций;
- учет изменений в правовой базе и правоприменительной практике России;
- анализ и учет опыта заключения Соглашений России, а также иных развивающихся стран и стран с переходной экономикой;
- учет и использование положений многосторонних (в т.ч. региональных) инвестиционных соглашений;
- обеспечение многовариантности при подготовке текстов Соглашений, позволяющей использовать гибкую тактику выработки компромиссных решений с учетом переговорной позиции стран-контрагентов.

Приоритет международно-правовых гарантий, предоставляемых иностранным инвестициям, в современных условиях правового регулирования иностранных инвестиций в России приобретает особое значение, поскольку благодаря действию международных обязательств договаривающихся государств обеспечивается стабильность в отношении режима деятельности иностранных инвесторов. Показательный пример приводит в этой области и дает ему правовую оценку Н.Г. Доронина⁴. Вопрос возник в отношении банка со 100%-ным французским капиталом, поэтому соответственно встал вопрос о применении Соглашения между Правительством СССР и Правительством Французской Республики о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенного в Париже 4 июля 1989 г. Так, в соответствии с новым Законом действие государственных гарантий не распространяется на инвестиции в банковской сфере. Так, в российско-французском Соглашении инвестиции, или "капиталовложения", определены достаточно однозначно, изменение правовой формы вложения имущественной ценности не влияет на их квалификацию в качестве "капиталовложений". Нераспределенные доходы, полученные коммерческой организацией с иностранными инвестициями, по своему содержанию представляют собой повторное капиталовложение, или реинвестицию. И хотя в Соглашении не содержится определения реинвестиций, но в нем предусматривается, что "доходы от капиталовложения в случае повторного капиталовложения - доходы от повторного капиталовложения пользуются такой же защитой, как и капиталовложения" (п. 2 ст. 4). Достаточно того, что первоначальное капиталовложение получило соответствующую квалификацию при регистрации созданной организации в качестве кредитной организации с иностранными инвестициями и предусмотренные в Соглашении международно-правовые гарантии.

Торговые и инвестиционные потоки взаимозависимы. Для достижения преимуществ экономической либерализации следует

ликвидировать барьеры для инвестиций столь же всесторонним путем, как и барьеры для торговли. Если результаты Уругвайского раунда многосторонних торговых переговоров под эгидой ГАТТ и создание Всемирной торговой организации явились значительным шагом вперед в области торговли, то формулировки обязательных для выполнения международных правил в отношении инвестиций не отвечают потребностям сегодняшнего дня. Разумеется, развитые страны в течение уже многих лет практикуют заключение двусторонних инвестиционных договоров с развивающимися странами. Однако до сих пор не было заключено ни одного многостороннего соглашения, устанавливающего всесторонние правила осуществления иностранных инвестиций. Под эгидой Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) были проведены переговоры по Многостороннему соглашению об инвестициях (МСИ) входят в свою заключительную стадию. Впервые развитые страны принимают друг перед другом те же самые обязательства, которых они традиционно добивались от развивающихся стран: отсутствие дискриминации, либерализация, ограниченные оговорки и прозрачность, свобода финансовых трансфертов, перемещение информации, экспроприация, справедливые и равноправные условия, разрешение споров и т.п. В состав членов ОЭСР входят страны, принимающие на своей территории крупнейшие иностранные инвестиции, а также страны, на территории которых зарегистрированы и действуют компании, являющиеся крупнейшими зарубежными инвесторами. Поэтому государства-члены ОЭСР особенно сильно заинтересованы в принятии такого соглашения. Очень важно, чтобы современное инвестиционное соглашение, отвечающее высоким стандартам, служило своего рода моделью для будущих переговоров в этой области. Поэтому МСИ должно рассматриваться не как окончание переговорного процесса, а как его начало. Следующий важный шаг - расширить число стран-участниц МСИ посредством присоединения и, в конечном счете, включить его положения в более общее соглашение под эгидой ВТО. Элементы подобного

инвестиционного соглашения можно выделить при рассмотрении ДЭХ (Договора к энергетической хартии)⁵. Данный договор носит широкий комплексный характер - он одновременно является и инвестиционным соглашением, и торговым, и транспортным, имея в виду его положения о транзите. В целом документ направлен на установление единых для всех подписавших ДЭХ стран норм, правил и гарантий, обеспечивающих правовую защиту интересов предприятий стран - участниц ДЭХ, действующих в топливно-энергетических комплексах в таких областях, как инвестиции, внешняя торговля, транзит и юридические процедуры разрешения споров. В области разрешения инвестиционных споров уместно обратиться к положениям Вашингтонской конвенции «О разрешении инвестиционных споров между государствами и лицами иных государств» 1965 г. в рамках которой был создан Международный центр по разрешению инвестиционных споров (МЦРИС или ICSID). Этот тип арбитража не укладывается в сложившиеся схемы публичного и частного международных арбитражей. В то же время он сочетает в себе свойства как одного, так и другого. По этой причине некоторые исследователи используют для него название смешанный международный арбитраж.⁶ Границы между публичным и частным международным правом в случае смешанного международного арбитража довольно прозрачны. Смешанный международный арбитраж является ярким примером того, что "современное соотношение международного публичного и частного права характеризуется их сближением и взаимопроникновением. Изложение многих вопросов международного публичного права неотделимо от привлечения материалов международного частного права, имея в виду реальное сближение или даже совмещение предмета регулирования, круга участников правоотношений, методов и форм регламентации"⁷. Показательным в сочетании международного и внутригосударственного регулирования является анализ положений конвенции позволяющий сделать вывод о том, что споры, подлежащие рассмотрению МЦРИС должны отвечать двум критериям:

содержательному (предметному) и субъектному. По содержанию — это инвестиционные споры. Однако Конвенция не раскрывает, какие споры попадают в эту категорию. Видимо, это может быть раскрыто с помощью внутреннего права заинтересованных государств. Данное предположение подтверждается п. 4 ст. 25, предусматривающим право договаривающегося государства известить МЦРИС «о категории или категориях споров, которые подлежат или не подлежат его юрисдикции». Подобную ситуацию можно наблюдать и в области страхования инвестиций. Государственные организации по страхованию инвестиций от политических рисков создаются преимущественно в форме государственных ведомств (например, английский Департамент страхования экспортных кредитов является подразделением Министерства внутренних дел). Даже в тех случаях, когда государственный страховщик действует в форме корпорации (например, ОПИС, Корпорация развития экспорта (Export Development Corporation) в Канаде), в законодательстве и в международных договорах о защите инвестиций специально оговаривается их статус как "некоммерческого агентства правительства" (ст. 2 "с" Соглашения о содействии капиталовложениям между США и РФ). Таким образом, при выплате страховщиком страхового возмещения правопреемником инвестора в отношении прав требования к правительству принимающей страны становится само государство, учредившее такое страховое агентство, и спор из категории частноправовой перерастает в публично-правовую между двумя государствами - равноправными субъектами международного права⁸. Вопросы гарантий инвестиций регулируются также многосторонним международным договором, а именно Сеульской конвенцией об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций от 11 октября 1985 года. Конвенция вступила в силу 12 апреля 1988 года. В ней участвуют более 110 государств, в том числе Россия - с 29 декабря 1992 года. Целью конвенции является стимулирование инвестиций путем создания Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (MIGA). В случае суброгации в сфере

международного публичного права возникает новая проблема - разрешение спора между MIGA и государством-членом этой международной универсальной организации в силу перехода к ней требований на основе переуступки. При этом, хотя сторонами в инвестиционном споре выступают равноправные субъекты международного права, государство и межправительственная международная организация, существо заявленного требования носит чисто коммерческий характер. Следует иметь в виду, что перенесение проблем защиты иностранных инвестиций путем суброгации на уровень международно-публичных отношений само по себе не снимает проблемы, а только изменяет ее правовую сущность. Основу международного инвестиционного права составляет совокупность международно-правовых национально-правовых норм, регламентирующих отношения между различными участниками инвестиционного процесса.

В принципе, международно-правовое регулирование инвестиционных отношений государственного инвестирования не вызывает особых трудностей на практике по сравнению с регулированием иностранных частных инвестиций. Частные, или гражданско-правовые, отношения в сфере инвестиционной деятельности в условиях рыночной экономики начинают играть основную роль в обеспечении защиты экономических интересов государства. Еще немецким юристом Р. Иерингом подмечено, что защита государственных интересов вовне зависит от того, насколько хорошо обеспечивается защита частных лиц в самом государстве. "Частное, а не государственное право есть истинная школа политического воспитания народов, и если желательно знать, как будет какой-нибудь народ защищать в случае нужды свои политические права и свое международное положение, надо посмотреть, как отдельный представитель отстаивает свое собственное право в частной жизни"⁹.

Особую сложность, в свою очередь, представляют регулирование прямых инвестиций, когда инвесторы осуществляют их путем создания совместных и смешанных компаний или иностранных компаний и их

филиалов на территории принимающих их государств.¹⁰ Если проанализировать состояние современного правового регулирования иностранных инвестиций в зарубежных странах, то можно увидеть, в чем состоит отличие понятия "иностранная инвестиция", определение которому дается в российском законе, от аналогичного понятия в зарубежном законодательстве. «В последнее время в зарубежном законодательстве об иностранных инвестициях юридическая категория "иностранная инвестиция" часто связывается с предусматриваемой в законе административно-правовой процедурой допуска иностранного капитала в национальную экономику, и применяемой к отношениям между равными по своему статусу субъектами гражданского законодательства. Процедура допуска рассматривается как способ исполнения государством своих административно-правовых функций по управлению иностранными инвестициями».¹¹ Как известно, формирование и развитие российского инвестиционного законодательства происходило на основе активного изучения и использования зарубежного опыта. Многие ключевые понятия, категории иностранного и международного права были заимствованы отечественной концепцией правового регулирования иностранных инвестиций. Этот процесс продолжается и поныне, поскольку очень важно применять определение "иностранные инвестиции", наиболее приближенное к определению, которое используется в международной правовой практике. В отличие от принятого в действующем российском Законе краткого определения иностранной инвестиции как материальной ценности в той или иной форме в современном зарубежном законодательстве дается более конкретное понимание понятия "иностранные инвестиции". Ему придается значение правовой категории, включающей в себя определенный комплекс имущественных прав и материальных ценностей, зарегистрированных государством как иностранная инвестиция. Как известно, к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям,

гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством. Следовательно, наряду с нормами Гражданского кодекса деятельность иностранных инвесторов на территории Российской Федерации регламентируют также нормы административного законодательства, устанавливающие порядок и процедуру государственной регистрации коммерческих организаций с иностранными инвестициями и иных организационно-правовых форм инвестиционной деятельности.

В отечественной юридической науке долгое время существовали дискуссии о правовой природе инвестиционных соглашений. Вопрос сводится к следующему: считать ли инвестиционные соглашения актами административного характера или же относить их к категории гражданско-правовых договоров? Высказывалось много доводов, как в пользу административного характера инвестиционных контрактов, так и в пользу их частноправовой, цивилистической трактовки.

В этой связи можно привести классификацию инвестиционных соглашений, которая дается С.И. Крупко. По ее утверждению при осуществлении инвестиционной деятельности на территории РФ иностранный инвестор сталкивается с двумя принципиально разными типами инвестиционных соглашений.

К первому типу инвестиционных соглашений относятся соглашения, заключаемые между иностранным инвестором или российским юридическим лицом, в которое вкладываются инвестиции, с одной стороны, и уполномоченным исполнительным органом государственной власти принимающего государства, с другой стороны. Уполномоченным государственным органом является, как правило, отраслевой государственный орган исполнительной власти, который определяется Правительством РФ или администрацией субъекта Федерации. Следует подчеркнуть, что стороной рассматриваемого типа инвестиционного соглашения является не государство или субъект Федерации, а именно исполнительный орган государственной власти. Предметом инвестиционного

соглашения первого типа является предоставление конкретному иностранному инвестору изъятий из законодательства поощрительного характера в пределах, установленных законодательством. Содержание инвестиционного соглашения ограничивается, со стороны инвестора, декларированием параметров реализации инвестиционного проекта (сроков, объемов и т.д.), соблюдение которых является условием пользования привилегиями. Со стороны государственного органа исполнительной власти содержание инвестиционного соглашения ограничено условиями о предоставлении и отмене льгот, предоставляемых инвестору в связи реализацией указанного инвестиционного проекта. Таким образом, иностранный инвестор посредством инвестиционного соглашения первого типа реализует свои субъективные права, а исполнительный орган государственной власти проявляет себя исключительно как государственно-властный субъект — регулирует экономический процесс, а также реализует инвестиционную и налоговую политику. Рассматриваемый тип инвестиционного соглашения не является гражданско-правовым договором. Включение в преамбулу типового инвестиционного соглашения фразы, что стороны осуществляют сотрудничество «на основе равенства»,¹² юридически неточно и может ввести в заблуждение относительно природы инвестиционного соглашения данного типа и характера правоотношений, возникающих из него. Конструкция административно-правового договора пока не нашла отражения в российском законодательстве и лишь недавно получила признание в отечественной доктрине административного права.¹³ Законодатель, возможно, выбрал форму договора в связи с необходимостью выраженного волеизъявления иностранного инвестора и в целях усиления стабильности предоставляемого режима. Изучение инвестиционного законодательства РФ и ее субъектов позволяет констатировать, что налоговые льготы чаще предоставляются по заявке инвестора на основании одностороннего административного акта. Данный подход является более целесообразным. Изъятие спора, связанного с инвестиционным соглашением

первого типа, из компетенции национальных судов РФ на основе соглашения сторон вряд ли допустимо и целесообразно. Также нецелесообразно заключение соглашения о выборе права, которое будет предусматривать применение права иного, чем право РФ. Этот вывод следует из характера отношений сторон, которые относятся к публично-правовым, а не к частноправовым отношениям. Например, В.П. Мозолин выделил три вида инвестиционных соглашений: акты об одобрении (Instruments of Approval), концессионные договоры (Concession Contracts) и соглашения о гарантиях (Guarantee Agreements). По мнению ученого, существенной разницы между ними нет, за исключением того, что в актах об одобрении права и обязанности иностранного инвестора определяются в соответствии с инвестиционным законодательством государства - импортера капитала. Что же касается документов в форме концессионного договора и соглашения о гарантиях, то они, как правило, выдаются инвесторам, когда принимающее зарубежные капиталовложения государство вообще не имеет инвестиционного законодательства или когда правовое положение иностранного инвестора не может быть определено на основании имеющегося закона об иностранных инвестициях. Такого рода индивидуализация, по мнению В.П. Мозолина, и создает иллюзию договорных отношений, из которой вытекает ложный вывод о частноправовой природе инвестиционных отношений. В этих случаях правовой базой для выдачи документов являются не конкретные меры инвестиционных законов, "а бланкетные полномочия, заранее предоставляемые государствами своим правительственным органам, или же постановления индивидуального характера, принимаемые высшими органами государств по конкретным иностранным инвестициям."¹⁴ Эту точку зрения разделяет и профессор М.И. Кулагин, не соглашаясь, однако, с полным отрицанием договорного характера инвестиционных соглашений. "Полностью разделяя и поддерживая административно-правовую трактовку природы инвестиционных соглашений, - пишет автор, - нельзя согласиться с

В.П. Мозолиным, когда он сводит административные акты лишь к одной их форме - административным сделкам, и даже противопоставляет административные документы договорным. Ошибочно сравнивать качественно разнородные понятия - содержание договора и его форму. Это неверное суждение приводит автора к неоправданному отрицанию договорного характера соглашений о гарантиях концессионных договоров".¹⁵

В обоснование точки зрения о сущности административных договоров можно сослаться на институты правовых систем Франции, Англии, США. В наибольшей степени детализированное понятие административного контракта мы можем обнаружить в праве Франции. Судебная практика в этом государстве выделяет два критерия таких договоров: "цель публичной службы" и "условия договора, выходящие за рамки общего права". Первый критерий не вызывает особых вопросов, поскольку он подразумевает договоры, по которым частное лицо обеспечивает осуществление каких-либо административных функций. Второй же требует некоторого уточнения: "условия, выходящие за рамки общего права", представляют собой пункты договора, которые предусматривают права и обязанности сторон и принятие которых не зависит от свободного волеизъявления этих сторон. Так, выходят за рамки общего права условия, именуемые наказующими, предусматривающие право одностороннего расторжения и изменения условий исполнения договора административным органом¹⁶. В правовых системах англо-американской правовой семьи нет столь детализированного понятия административного контракта, как во французском праве. Однако в США, например, существует особая форма подобных договоров - правительственные контракты¹⁷. Действие в национальных правовых системах указанных институтов убедительно обосновывает точку зрения сторонников административно-правовой концепции инвестиционных соглашений.

Под инвестиционными соглашениями второго типа, согласно приведенной выше классификации С.И. Крупко, понимаются соглашения,

закключаемые между иностранным инвестором, с одной стороны, и государством — с другой. От имени государства и выступает уполномоченный государственный орган исполнительной власти. Предметом инвестиционного соглашения второго типа является реализация инвестиционного проекта в течение длительного срока на определенной территории в целях извлечения выгоды инвестором и государством. Примером инвестиционных соглашений второго типа являются концессионные договоры, соглашения о разделе продукции, соглашения об экономическом развитии, сервисные контракты с риском и без риска. П.Фишер оценивает международную концессию как форму прямых частных иностранных инвестиций, которая отличается от других форм тем, что, прежде всего, нацелена на длительный срок, наделяет инвестора силой распоряжения и контроля над инвестициями и основывается на индивидуально оформленных правовых положениях, содержащихся в концессионном договоре.¹⁸ Различия между инвестиционными соглашениями первого и второго типа, а также специфика инвестиционных споров обусловлены природой, целями, объектом и субъектным составом инвестиционных соглашений. Инвестиционные соглашения второго типа заключаются на основе равенства сторон и взаимовыгодного сотрудничества. Реализация инвестиционного проекта осуществляется инвестором и государством совместно на условиях инвестиционного соглашения. Государство непосредственно принимает участие в реализации инвестиционного проекта. Инвестиционное соглашение заключается для достижения двух целей - административной и экономической. Под административной целью следует понимать решение государственных социальных задач, а под экономической — получение прибыли.¹⁹ Инвестиционное соглашение второго типа требует специального субъектного состава. Одной стороной является государство. Он выступает в этих правоотношениях и как носитель суверенной власти, и как частное лицо. Двойственная роль государства проявляется в том, что оно, помимо

исполнения договорных обязательств в качестве стороны договора, обязано как носитель суверенной власти обеспечить правовое регулирование и соблюдение условий инвестиционного соглашения. Иностранному инвестору, заключая инвестиционное соглашение, не приобретает статуса субъекта международного публичного права. Инвестиционное соглашение второго типа представляет собой форму прямых иностранных инвестиций и влечет предоставление особого режима хозяйственной деятельности инвестора. Оно содержит условия, защищающие права инвестора, и условия, охраняющие интересы государства. К первой группе условий относятся условия о предоставлении инвестору привилегий (гарантий и льгот). При этом инвестиционное соглашение содержит обычно помимо гарантий прав инвестора, установленных в законодательстве, дополнительные гарантии, предоставляемые инвестору в силу инвестиционного соглашения. Гарантии прав инвестора, предоставляемые на основании инвестиционного соглашения, носят индивидуальный характер. Во вторую группу условий входят условия о социально-экономическом развитии региона — бюджетной эффективности инвестиционного проекта, о применении передовых технологий, об использовании местной рабочей силы, о государственном контроле за реализацией инвестиционного проекта. По характеру условия инвестиционного соглашения могут быть частноправовыми и публично-правовыми. Частноправовой характер присущ условиям, касающимся уплаты роялти, бонусов. Условия, содержащие оговорку о запрете одностороннего вмешательства суверена в инвестиционную деятельность, оговорка об исполнении, стабилизационная оговорка имеют публично-правовой характер. Выбор договорной формы инвестиционных соглашений данного типа не случаен. «Инвестиционное соглашение между государством и иностранным инвестором, как правило, представляет собой уступку государством инвестору суверенных прав или передачу инвестору права на осуществление суверенных функций. Причиной этого является нежелание или отсутствие возможности у государства осуществить суверенные права или суверенные

функции, так как это требует больших капиталовложений».²⁰ Форма договора, в отличие от формы одностороннего акта, дает инвестору широкий простор для индивидуального оформления правоотношений сторон и более высокий уровень их защиты. Квалификация природы инвестиционного соглашения между принимающим государством и иностранным инвестором определяет действительность условий инвестиционного соглашения, а также природу инвестиционного спора. Впервые инвестиционные соглашения были определены как гражданско-правовые договоры Л.А. Лунцем. Полемизируя с зарубежными учеными, приравнивавшими инвестиционные договоры к межгосударственным соглашениям²¹, он писал: "Доктрина, по которой соглашение между частным лицом, иностранной компанией и государством выводится из сферы гражданского права, имеет своей предпосылкой тезис о возможности для частноправовой организации и для отдельного физического лица быть субъектом международно-правовых отношений - тезис, стоящий в прямом противоречии с принципом государственного суверенитета".²² Таким образом, Л.А. Лунц однозначно считал инвестиционные контракты гражданско-правовыми договорами. Цивилистическая концепция в дальнейшем была полнее раскрыта в трудах Н.Н. Вознесенской. Не подлежит сомнению, что государство может выступать субъектом гражданско-правовых отношений, содержащих иностранный элемент, сохраняя при этом ряд специфических особенностей, порожденных наличием у него суверенитета. Данное положение можно распространить, по ее мнению, и на инвестиционные соглашения. При этом властные полномочия государства, например возможность расторгнуть договор в одностороннем порядке, не противоречат частноправовой природе данных отношений. Выступая как субъект гражданского права, государство не проявляет своих "функций властвования в целях соблюдения единства и нормализации торгового оборота, хотя оно это может сделать, национализировав, к примеру, не принадлежащую ему долю в смешанной компании".²³ Некоторые юристы придерживались мнения о смешанной природе инвестиционного соглашения.

До принятия Закона РФ от 21 февраля 1992 г. «О недрах» (в редакции Федерального закона от 3 марта 1995 г.) и Федерального закона от 30 декабря 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции» в отечественной доктрине обсуждался вопрос о гражданско-правовом и административно-правовом характере соглашений о разделе продукции.²⁴ Н.Г. Дорониная однозначно квалифицирует соглашения о разделе продукции, концессионные договоры как гражданско-правовые.²⁵ В инвестиционном законодательстве встречается квалификация инвестиционных соглашений как отдельного вида обязательства согласно делению, принятому в гражданском праве. Так, М.А. Субботин, основываясь на нормах Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции» и положениях ГК РФ, оценивает соглашения о разделе продукции как особую форму договора аренды.²⁶ А. Конопляник оценивает соглашение о разделе продукции как подрядное соглашение.²⁷ Тем не менее, несмотря на оживленные дискуссии, вопрос о природе инвестиционного соглашения не является главенствующим. Не менее важным для инвестиционных соглашений второго типа и для инвестиционных споров является другое обстоятельство. Представляется, что гражданско-правовой договор, заключенный между принимающим государством и иностранным инвестором, в силу специфики содержания договорных отношений является основанием возникновения не только гражданско-правовых, но и административно-правовых отношений. Использование формы договора в инвестиционных правоотношениях между принимающим государством и частным иностранным инвестором является необходимой юридической конструкцией. Так, по мнению Н.Г. Дорониной, концессионный договор имеет значение нормативно-обязательного акта в силу того, что налицо отклонение от общего порядка регламентации.²⁸ По ее мнению, «для иностранного инвестора, осуществляющего деятельность в области нефтедобычи, важным представляется объединение в единой правовой форме как самого акта государства, разрешающего эксплуатацию месторождения, так и его обязанности согласно тому же акту не менять

условия эксплуатации в той степени, которая делает его деятельность - как стороны в концессионном договоре - нерентабельной»²⁹.

Одним из главных аргументов против цивилистической концепции является довод, сформулированный М.И. Кулагиным: "Основное содержание инвестиционных соглашений в части обязанностей государства заключается в предоставлении государством иностранному вкладчику дополнительных гарантий (от национализации, свободного перевода за границу прибылей и репатриации капитала), а также дополнительных льгот (налоговых, таможенных и др.). Нередко государство гарантирует вкладчику стабильность инвестиционного режима. Все эти права и льготы являются публично-правовыми, а гражданский договор не может заключаться по поводу публичных прав".³⁰

Не соглашаясь с этим положением, другой автор - А.Н. Ошенков считает, что инвестиционные соглашения заключают как государства, имеющие специальное инвестиционное законодательство, так и государства, строящие свои отношения с иностранными инвесторами на индивидуальной основе. Последние закладывают в условия контракта определенные гарантии публично-правового характера в качестве своих обязательств перед иностранным инвестором. В случаях же, когда национальным инвестиционным законодательством предусмотрены все правовые гарантии и каждый конкретный случай не требует применения специальных норм, например введения особого режима, мы имеем дело с договорами, заключаемыми по поводу гражданских прав и обязанностей. Иначе говоря, когда гарантии публичного характера предоставляются государством не в самом инвестиционном соглашении, а действующим инвестиционным законодательством, мы можем говорить о гражданско-правовой природе таких соглашений. Для подтверждения своего тезиса он приводит пример, из которого явствует, что источниками международного частного права являются международные договоры, не позволяющие нам усомниться в цивилистическом характере отношений, регулируемых международным

частным правом³¹. С точки зрения административного права инвестиционное соглашение второго типа является правовой формой управления в виде совершения действий юридического характера. Инвестиционное соглашение заключается от имени государства исполнительным органом государственной власти и служит средством реализации исполнительным органом управленческих задач и функций. Таким образом, инвестиционное соглашение, являясь гражданско-правовым договором, выполняет нетипичную функцию административного акта. Следует отметить, что для административно-правовых отношений характерна «первичность административно-правовых норм», так как административно-правовые отношения представляют собой результат регулируемого воздействия административно-правовой нормы на конкретное общественное отношение.³² Для правоотношений из инвестиционных соглашений, напротив, характерна вторичность административно-правовой нормы в том смысле, что нормативно-правовые и правоприменительные акты будут издаваться на основании и с учетом условий инвестиционных соглашений, т.е. условий гражданского договора. И именно частноправовой договор, а не административно-правовая норма регламентируют и определяют поведение сторон регулируемого общественного отношения и обеспечивают соответствующую корреспонденцию взаимных обязанностей и прав принимающего государства и иностранного инвестора, юридическую ответственность за поведение, не соответствующее требованиям инвестиционного соглашения. Признание инвестиционного соглашения между государством и иностранным инвестором основанием возникновения административно-правовых отношений устраняет, таким образом, многие правовые проблемы теоретического и практического характера, порождаемые диагональным характером инвестиционных правоотношений; при этом не нарушаются основы конституционного, административного, государственного, гражданского права.

Надлежащий уровень правового регулирования инвестиций в Российской Федерации связан с неясным представлением о том, что же следует считать инвестицией, инвестиционным договором и в каких случаях гражданско-правовые отношения можно квалифицировать как инвестиционные. Данный вопрос имеет весьма серьезное практическое значение. Поскольку квалификация деятельности иностранного инвестора в качестве инвестиционной, а договоров, заключенных им на территории принимающего государства, в качестве инвестиционных соглашений дает ему дополнительные гарантии и специфический объем правомочий. В частности, право на разрешение инвестиционного спора в соответствии с нормами международного права посредством обращения в МЦРИС. В данной связи очень показательным является пример, связанный с разрешением спора между Кыргызской Республикой и компанией Петробарт Лимитед, зарегистрированной в Гибралтаре. 23 февраля 1998 года Петробарт заключил Контракт № 1/98 ПБ с Государственной Акционерной Компанией "Кыргызгазмунайзат" ("Кыргызгазмунайзат"), согласно которому Петробарт взял на себя обязательство осуществить в течение года поставку 200 тысяч тонн газоконденсата Кыргызгазмунайзату, а Кыргызгазмунайзат взял на себя обязательство производить оплату за поставляемый в его адрес газоконденсат ("Контракт 1/98") (Приложение 2) В результате нарушений обязательств по оплате поставленного газоконденсата со стороны Кыргызгазмунайзата, Петробарт понес ущерб. Интерес для нас применительно к теме исследования вызывает стадия взаимоотношений, когда Петробарт потребовал о передаче на рассмотрение третейского суда в соответствии с Арбитражным Регламентом ЮНСИТРАЛ спора между Петробартом и Правительством в соответствии с Законом "Об иностранных инвестициях в Кыргызской Республике" от 30 мая 2000 года. Правительство не согласилось с требованиями Петробарта и свою позицию выразило в официальном Распоряжении от 5 декабря 2000 года № 454-р. Суть доводов Правительства КР сводилась к следующему:

1. Факт отсутствия иностранных инвестиций в объекты экономической деятельности на территории Кыргызской Республики со стороны Петробарта. Согласно Закону "О толковании термина "иностранные инвестиции": "Иностранная инвестиция - это долгосрочное материальное и нематериальное вложение в объекты экономической деятельности для извлечения прибыли в формах, предусмотренных законодательством Кыргызской Республики: денежных средств, движимого и недвижимого имущества, имущественных прав, акций и иных форм участия в юридическом лице, прибыли или доходов, полученных от иностранных инвестиций, концессий, основанных на законе; то есть вклад с целью получения доходов в какое-либо предприятие, в социально-экономические программы, инновационные проекты и т.д. Гражданско-правовая сделка между двумя субъектами хозяйственной деятельности по поставке товаров (услуг) с обязательством покупателя оплатить поставленный товар (услуги) не подпадает под понятие "иностранная инвестиция". Исходя из положений данного Закона, сделка, осуществленная в рамках Контракта 1/98, не является иностранной инвестицией, так как: (а) контракт не носил долгосрочный характер (контракт был заключен сроком на один год, но фактически были осуществлены несколько поставок в период с 24 февраля по 26 марта 1999 года (Приложение 14)); (б) он не предусматривал вклад в форме участия в юридическое лицо, либо вклад в социально-экономические или иные программы; (в) его предметом являлась гражданско-правовая сделка по поставке, в которой Петробарт выполнял роль поставщика.

2. Требование Петробарта к Правительству не является инвестиционным спором и не подпадает под регулирование Статьи 23 Закона "Об иностранных инвестициях". Согласно Статье 1.5 Закона "Об иностранных инвестициях" "Инвестиционный спор это любой спор между иностранным инвестором и Кыргызской Республикой в отношении иностранной инвестиции".

3. Объект спора между Петробартом и Правительством не может являться предметом разбирательства в третейском суде, как то предусмотрено Статьей 23 Закона "Об иностранных инвестициях".

Анализ инвестиционных контрактов свидетельствует, что они в большей степени носят публично-правовой характер, а международное частное право как по предмету (инвестиционные отношения), так и по источникам (национальное и международное право) представляет собой сочетание публично-правового и частноправового характера. Так А.Г. Богатырев причину появления особого рода инвестиционных проектов, не укладывающихся в рамки цивилистических институтов, обычных форм и методов правового регулирования, видит в развитии самих социально-экономических отношений в условиях научно-технического прогресса.

В заключение, проанализировав комплексные научные исследования И.З. Фархутдинова в данной области³³, следует согласиться с ним и утверждать, что особенности правового режима иностранных инвестиций заключается в их двухуровневом регулировании. Основой правового обеспечения зарубежных капиталовложений, во-первых, является общегражданское законодательство и специальное инвестиционное законодательство, во-вторых, правовой статус иностранных инвесторов основывается на целом ряде международных договоров как многостороннего, так и двустороннего характера. Принципиально важным обстоятельством является то, что невозможно достичь эффективного привлечение иностранных инвестиций в российскую экономику без обеспечения правовых гарантий иностранных инвестиций путем гармонизации международных и внутренних правовых норм.

¹ Вельяминов Г.М. Основы международного экономического права. М., 1994. С. 73.

² Богатырев А.Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 23

³ Воропаев А.В. Особенности правового регулирования иностранных инвестиций в России//Право и политика.-2006.- № 3.

⁴ Доронина Н.Г. Применение положений двусторонних международных соглашений о защите и гарантии инвестиций//Право и экономика.-2002.- № 1.

⁵ Договор к Энергетической Хартии. Подписан в г. Лиссабоне 17.12.1994. Договор вступил в силу 16.04.1998г. Россия подписала данный Договор (Постановление Правительства РФ от 16.12.1994 № 1390).

-
- ⁶ Wuhler N. Mixed Arbitral Tribunals // Encyclopedia of Public International Law (Bernhardt). Vol. 1. 1981. P. 142—146; Rahmatullah Khan. The Iran-United States Claims Tribunal: controversies, cases and contribution. The Netherlands, 1990. P. 83—90; Toope S. J. Mixed International Arbitration: studies in arbitration between states and private persons. Cambridge, 1990.
- ⁷ Игнатенко Г. В. Понятие международного права, предмет регулирования // Международное право. М.: Высшая школа, 1995. С. 16—18.
- ⁸ Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Правовое регулирование иностранных инвестиций в России и за рубежом. М., 1992. С. 118.
- ⁹ Иеринг Р. Борьба за право. М.: Книжный дом, 1901. С. 56.
- ¹⁰ Топорнин Б.Н. Российское право и иностранные инвестиции // Правовое регулирование иностранных инвестиций. Отв. ред. А.Г. Светланов. М., 1995. С. 14 - 16
- ¹¹ Доронина Н.Г. Проблемы правового регулирования иностранных инвестиций // Законодательство и экономика. 1996. №№ 5 - 6. С. 59.
- ¹² Приложение № 1 к Положению о порядке заключения и реализации инвестиционных соглашений (утв. постановлением Правительства РФ от 24 июля 1995г. № 751); приложение № 2 к Положению о порядке заключения и реализации инвестиционных договоров (соглашений) (утв. постановлением Главы администрации Ростовской области от 28 июля 1998 г. № 285).
- ¹³ Административное право. Учебник/ Под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова. М., 1999. С. 61-68.
- ¹⁴ Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. М., 1974. С. 98.
- ¹⁵ Кулагин М.И. Правовая природа инвестиционных соглашений, заключенных развивающимися странами // Политические и правовые системы стран Азии, Африки, Латинской Америки. М., 1975. С. 40; см. также С. 41 - 53.
- ¹⁶ Ведель Ж. Административное право Франции. М., 1973. С. 164 - 185.
- ¹⁷ Нарышкина Р.Л. США: государство и частный сектор. Гражданско-правовые отношения. М., 1976. С. 6 - 26.
- ¹⁸ Fischer P. Die Internationale Konzession. Wien - New York, 1974. S.108-120
- ¹⁹ Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором., М. 2002. С. 10.
- ²⁰ Там же. С. 11.
- ²¹ Schwarzenberger G. Op. cit. P. 117; Nwougugu E. Op. cit. P. 40.
- ²² Лунц Л.А. Международное частное право (Особенная часть). М., 1969. С. 59.
- ²³ Вознесенская Н.Н. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. С. 55 - 57.
- ²⁴ Никифоров Д., Хайнс Дж.Х. Изменения в правовом режиме реализации соглашений о разделе продукции // Хозяйство и право. 1999. № 9. С. 36.
- ²⁵ Международное частное право: Учебник для вузов / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 187-196.
- ²⁶ Джонстон Д. Международный нефтяной бизнес: налоговые системы и соглашения о разделе продукции. М., 2000. С. 27.
- ²⁷ Конопляник А. Основные виды и условия соглашений, действующие нефтяной промышленности капиталистических государств между ТНК и принимающими странами // Internet: <http://www.eni.ppf.ru/publicat/boos/b31.pl.htm>
- ²⁸ Доронина Н.Г. Регулирование иностранных инвестиций (вопросы унификации) // Проблемы международного частного права / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С.140.
- ²⁹ Там же. С.142
- ³⁰ Кулагин М.И. Указ. соч. С. 52.
- ³¹ Ошенков А.Н. Регулирование инвестиционных соглашений: проблемы отраслевой принадлежности и применимого права // Московский журнал международного права. 2000. № 2. С. 143.
- ³² Административное право. Учебник./ Под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова М., 1999. С. 67.
- ³³ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право. Теория и практика применения. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 236 - 308.

ЛЬГОТЫ СПЕЦИАЛИСТАМ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ, РАБОТАЮЩИМ И ПРОЖИВАЮЩИМ В СЕЛЬСКОЙ МЕСТНОСТИ

ЯБЛОКОВА И.А.,

*к.ю.н., доцент кафедры трудового права
и права социального обеспечения*

Ключевые слова: предмет права социального обеспечения; льготы специалистам государственных учреждений здравоохранения, работающим и проживающим в сельской местности и поселках городского типа; механизм реализации норм права; Конституционный Суд РФ; ответственность субъектов правоотношений по социальному обеспечению.

Статья посвящена вопросу предоставления льгот специалистам государственных учреждений здравоохранения, работающим и проживающим в сельской местности и поселках городского типа. Федеральным законом от 22 августа 2004 года № 122 квалифицированные специалисты в сельской местности из категории граждан, равнозащищаемых государством, после 1 января 2005 года, к сожалению, оказались разделены по степени их социальной защищенности. Данный вопрос на основе конкретных определений Конституционного Суда РФ и анализируется в предлагаемой статье.

Key words: the object of social welfare benefits to the specialists of state health service working and living in the countryside and settlements of city type, mechanism of relation of rules of law, Constitutional Court of the Russian Federation, responsibility of subjects of the legal relationships of social welfare.

This article is devoted to providing benefits to state health service specialists, working and living in the countryside and settlements of city type.

According to the law from the 22nd of August 2004 №122 skilled specialists in the countryside are from the category of citizens equally protected by state. After the 1st of January 2005 they were unfortunately divided into groups according to their social protection. This question is analysed in this article on the base of concrete decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation.

Предмет права социального обеспечения достаточно обширен. Эта отрасль права регулирует материальные (социально-денежные выплаты, включая пенсионные; социальные услуги) и процедурно-процессуальные отношения. Все они имеют непосредственное отношение к каждому гражданину страны. Именно поэтому необходимо издание государством общеобязательных норм поведения, имеющих социальную направленность. Здесь проявляется искусство правотворческих органов, их умение учитывать реальные возможности и предвидеть наступающие последствия. Ярким примером неумения или нежелания предвидеть возможные последствия, с нашей точки зрения, является Федеральный закон от 22 августа 2004 года № 122 «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»». Данный закон рекомендовал субъектам Российской Федерации самим принять законы, гарантирующие предоставление льгот такой социальной группе как специалисты государственных учреждений здравоохранения, работающие и проживающие в сельской местности и поселках городского типа. Как же реализуется это положение в настоящее время, спустя шесть лет после принятия

Федерального закона. Направлено ли это положение Федерального закона на защиту прав граждан.

А.И. Бобылев еще в 1999 году справедливо писал, что «уровень механизма правового регулирования зависит не только от состояния законодательства. Важно и реализовать на практике принятые законы. Поэтому остро встает вопрос о механизме реализации норм права»¹.

По нашему мнению, - это одна из насущных проблем Российского права, сохранившая свою актуальность и в настоящее время, в решении которой должен быть заинтересован каждый член общества. К сожалению, у нас очень часто имеет место значительное различие между законами и их применением, особенно в праве социального обеспечения.

Более того, следует отметить, что когда в решение проблемы вынужден вмешиваться Конституционный Суд РФ, его решения не спешат исполнять в судах общей юрисдикции. Рассмотрим данный вопрос на примере специалистов государственных учреждений здравоохранения, работающих и проживающих в сельской местности и поселках городского типа.

Одно из последних определений Конституционного Суда РФ в отношении данной категории работников - Определение Конституционного суда от 5 февраля 2009 года № 149-О-П «По жалобам граждан Мельниченко Татьяны Анатольевны и Харченковой Людмилы Адольфовны на нарушение их конституционных прав пунктом 50 статьи 35 Федерального закона «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». Обе заявительницы - сельские медицинские работники, причем

их медпункты находятся в ведении Федеральной службы исполнения наказаний. После принятия Федерального закона № 122-ФЗ о монетизации льготных выплат, обе лишились права на бесплатное пользование квартирой с отоплением и освещением. Они обратились в районный суд, потом пошли дальше по инстанциям, и, наконец, Конституционный суд принял так называемое «отказное определение с позитивным содержанием»: то есть публичного рассмотрения дела непосредственно в Санкт-Петербурге не было, так же как и признания оспариваемой нормы неконституционной, но зато дела заявителей признаны подлежащими пересмотру.

По своему статусу определение Конституционного Суда РФ имеет такую же юридическую силу, как и постановление, то есть подлежит обязательному исполнению правоприменителями. 27 мая Мельниченко обратилась в суд с просьбой о пересмотре дела. А 8 июня мировой судья Юрий Ивачев судебного участка № 122 Чердынского муниципального района Пермского края, своим определением отказал Татьяне Мельниченко. В своем решении судья Ивачев указывает: «В определении Конституционного суда РФ от 5.02.2009 года указано, что правоприменительные решения по делу граждан, в том числе Мельниченко Т.А., подлежат пересмотру в установленном порядке, если для этого нет иных препятствий. Однако Конституционным судом РФ не признан не соответствующим Конституции РФ какой-либо закон, примененный в гражданском деле № 2-103/2007, в связи с принятием решения, по которому заявитель обращался в Конституционный суд РФ. Таким образом, в судебном заседании установлено, что оснований для пересмотра решения мирового судьи от 22.07.2007 года, указанных в ст. 392 ГПК РФ, не имеется».

Начальник управления конституционных основ трудового законодательства и социальной защиты Конституционного Суда РФ А.Ф. Нуртдинова, давая интервью Российской газете, подчеркивает: «Тот факт, что Конституционный суд не признал оспариваемые нормы противоречащими Конституции, обстоятельством, препятствующим

пересмотру дела, не является. А так называемые позитивные определения, которые не признают неконституционными оспариваемые нормы, но дают конституционно-правовое истолкование закона, являются совершенно обязательными - эта позиция указывалась и ранее в наших определениях. В определении по жалобе Мельниченко прямо в резолютивной части указано на необходимость пересмотра судебных решений, основанных на расходящемся с конституционным пониманием нормы»².

Действительно, в Определении Конституционного суда от 5 февраля 2009 года № 149-О-П сказано: «Конституционно-правовой смысл указанного законоположения, выявленный Конституционным Судом РФ в настоящем определении на основе правовых позиций, ранее выраженных им в сохраняющих свою силу решениях, является общеобязательным и исключает любое иное его истолкование в правоприменительной практике»³.

В Конституционном Суде РФ уверены, что в такой ситуации заявителям нужно обращаться в кассационную инстанцию, оспаривать решение об отказе. Данную позицию Конституционный Суд РФ планомерно проводит в жизнь в своих определениях. Например, в определении Конституционного Суда от 3 июля 2008 г. № 677-О-П «По жалобе гражданина Васильева Дениса Владимировича на нарушение его конституционных прав Федеральным законом "О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О статусе Героев Советского Союза, Героев Российской Федерации и полных кавалеров ордена Славы»»⁴.

Медицинские работники, служащие в учреждениях ФСИН в сельской местности, сохраняют право на получение льгот по оплате жилья и коммунальных услуг и после 1 января 2005 года. Татьяна Мельниченко вышла на пенсию по выслуге лет в 1997 году, хотя ей нет еще 55 лет, но поскольку она не увольнялась и продолжала работать весь этот срок, то она вправе требовать возвращения ей этой льготы.

По обращениям сельских медицинских работников, просивших восстановить им изъятые Федеральным законом № 122 льготы по ЖКХ, Конституционный суд РФ неоднократно выносил решения. Например:

- определение от 1 марта 2007 года № 129-О-П «По жалобам граждан Бобковой Зои Михайловны, Бойковой Светланы Ивановны и других...»,
- определение от 4 декабря 2007 года № 947-О-П «По жалобе гражданки Рыжковой Натальи Викторовны...»,
- определение от 1 апреля 2008 года № 268-О-П «По жалобе гражданки Кирюховой Ольги Николаевны...»
- определение от 7 февраля 2008 года № 383-О-П «По жалобе граждан А.В.Иванова и других...».

Таким образом, данная проблема для сельских медработников остается нерешенной с 2005 года. Федеральный закон № 122 в полном объеме отменил льготы, ранее существовавшие у специалистов государственных учреждений здравоохранения, работающих и проживающих в сельской местности и поселках городского типа, и одновременно обязал органы государственной власти субъектов Российской Федерации при издании нормативных правовых актов, соблюдать тот же уровень (объем) социальных гарантий, который предоставлялся этим гражданам по состоянию на 31 декабря 2004 года на основании норм федерального законодательства.

Но законы во многих регионах не были приняты. Они были бы обречены на неэффективность решения проблемы, в частности, в связи с невозможностью финансирования.

В тех же регионах, где их приняли, они были приняты без учета выводов, содержащихся в названных определениях Конституционного Суда РФ. Однако не исполнять решения Конституционного Суда РФ, «закрывающие» этот пробел в законодательстве, явно умаляющий права граждан, не просто нельзя - это незаконно.

Таким образом, подводя итог вышесказанному, отметим, что квалифицированные специалисты в сельской местности из категории граждан, равнозащищаемых государством, после 1 января 2005 года оказались разделены по степени их социальной защищенности, что, безусловно, вызывает социальную напряженность в обществе.

Предписания пункта 50 статьи 35 Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ ухудшают положение граждан, отменяя права, приобретенные ими в соответствии с ранее действовавшим федеральным законодательством и реализуемые ими в конкретных правоотношениях, а предписания пункта 2 статьи 153 того же Закона порождают общественные ожидания, которые не могут быть реализованы без специального **федерального** (выделено нами) законодательного регулирования и финансового обеспечения.

Автоматически встает вопрос об ответственности. Право социального обеспечения единственная отрасль права, в которой нет своего самостоятельного института «ответственности субъектов правоотношений».

С нашей точки зрения, следует согласиться с С.С. Масловым, который в своей диссертационной работе на соискание ученой степени кандидата юридических наук, доказал, что по своей правовой природе отношения по юридической ответственности в праве социального обеспечения являются самостоятельными материальными отношениями в предмете права социального обеспечения и все федеральные законы должны быть дополнены нормами о юридической ответственности субъектов правоотношений по социальному обеспечению.⁵ Государственные органы должны нести ответственность перед человеком, права которого были нарушены.

¹ Бобылев А.И. Механизм правового воздействия на общественные отношения // Государство и право. 1999. № 5. С. 106.

² РГ. 19 июня 2009 г. № 4935.

³ РГ. 6 мая 2009 г. № 4903.

⁴ РГ. 30 января 2009 г. № 15.

⁵ Маслов С.С. Понятие и виды юридической ответственности субъектов правоотношений по социальному обеспечению. Автореф. дисс....канд.юрид.наук. М. 2007. С.7, 8.

ВОПРОСЫ ПЕДАГОГИКИ

И ПРОБЛЕМА ОБУЧЕНИЯ РЕЧЕВОМУ ОБЩЕНИЮ СТУДЕНТОВ НА ЗАНЯТИЯХ ПО ИНОСТРАННОМУ ЯЗЫКУ

КАБАНОВА О.В.,

к.п.н., доцент кафедры иностранных языков,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: *обучение иностранным языкам, речевое общение, обучение речевому общению.*

Автор статьи анализирует понятия «речевое общение», «обучение речевому общению». В статье также представлен анализ анкетных данных студентов и преподавателей.

Key words: *teaching of foreign languages, speech intercourse, speech intercourse teaching.*

The author of the article analyzes the terms “speech intercourse”, “speech intercourse teaching”. There are also questionnaire data carried out among students and teachers in the article.

В современном мире благодаря усложнению и постоянному расширению социального опыта, интенсификации деловых и культурных контактов, в том числе международных, являющихся следствием интеграции России в мировое экономическое пространство, все больше ценится умение речевого общения, которое можно рассматривать как искусство и как благоприобретенное качество человека, сформированное у него в процессе учения. Речевое общение носит фундаментальный характер, сопровождая любой вид деятельности, обеспечивая взаимопонимание ее участников, с одной стороны, и представляя особый специфический вид деятельности, с другой. Оно требует от личности не только навыков говорения на определенном языке, но и интеллектуальных, творческих усилий, эмоциональной, нравственной воспитанности.

Современные представления лингвистов о речевом общении, или о речевой коммуникации, начали формироваться в теории связи, психологии, социологии задолго до того, когда в лингвистике появились работы, в названиях которых стояло слово «общение» или «коммуникация». Если сейчас в лингвистике наблюдается резкое оживление интереса к проблемам речевого общения, происходящее, прежде всего, под влиянием лингвистической прагматики и теории речевой деятельности, то не следует полагать, что происходит формирование абсолютно новой объективной и предметной областей. Естественно, приписывать тенденцию изучать язык в широком неязыковом контексте только современной лингвистике было бы, по меньшей мере, не оправдано.

Большое внимание речевому общению уделяется в педагогической теории речевой деятельности. Общение создает коммуникативный контекст, в котором реализуются речевые акты. Посредством речевого общения строятся многообразные отношения между студентом и преподавателем, между студентами, создается положительная стимуляция на составление межсубъектных отношений, благоприятный межличностный климат.

Как педагогическую проблему речевое общение исследовали А.Н. Ксенофонтова, Е.В. Клюев, В.Н. Куница, Н.М. Минина, И.И. Рыданова, Н.И. Формановская, раскрыв многообразие педагогических аспектов общения, которое является значительным фактором развития личности, образующим различные субъектно-объектные отношения [4; 3; 5; 7; 11; 12].

Речевое общение проявляется своеобразно в речевой деятельности, оно обеспечивает благоприятный межличностный климат, создает положительную стимуляцию на становление межсубъектных отношений преподавателя и студентов.

Элементарной структурной единицей речевого общения партнеров является цикл, образованный двумя взаимосвязанными, сопряженными речевыми актами партнеров. Существуют способы развертывания простых циклов в сложные формы взаимодействия партнеров. Переходы от одних форм взаимодействия к другим могут быть рассмотрены как процессы диалогизации – монологизации речевого общения. К особенностям речевого общения можно отнести его содержательные (предметно-смысловые и логические) и формальные (функциональные) характеристики. Содержание речевого общения может быть раскрыто в терминах «тема» и «точка зрения». Понятия «тема», «точка зрения» и «цикл» являются ключевыми для проведенного анализа речевого общения в совместной мыслительной деятельности в исследовании Г.М. Кучинского. Диалог содержателен. Взаимодействие личностей является формой, способом развития содержания диалога, т.е. темы и точек зрения собеседников. Именно поэтому простейший случай взаимодействия личностей, представляющий два взаимосвязанных речевых акта, рассматривается как единица формы речевого общения [6].

Речевое общение, по мнению Е.В. Руденского, является системным образованием и может быть рассмотрено с этой позиции как взаимодействие. Оно складывается из отдельных действий, каждое из которых включает в себя следующие элементы: действующий субъект; субъект, на который направлено воздействие; средства воздействия; методы действия [10].

Традиционно диалог считается одним из технических средств сознания для получения, передачи и переработки (внутренний диалог) информации, содержаний сознания [1].

Диалоговая форма обучения речевому общению как процесс субъектно-субъектного взаимодействия выступает как важное средство развития личности студента и совершенствования учебно-воспитательного процесса.

При обучении речевому общению целесообразно опираться на следующие принципы: речемыслительной активности, индивидуализации, функциональности, ситуативности и новизны.

В процессе обучения речевому общению проявляются как факторы, интегрированные для всех участников, так и дифференцированные факторы. К интегрированным факторам относят обсуждаемый проблемный вопрос, предметное содержание общения; к дифференцированным – тип характера обучаемого, тип его способностей и уровень их развития.

Обучение речевому общению происходит на основании учета его этапов. Поэтапное обучение речевому общению считается целесообразным проводить, опираясь на принцип подачи материала блоками возрастающей трудности.

Цель первого этапа обучения – научить студентов обмениваться своими знаниями, суждениями, формулируемыми в вопросно-ответной, диалогической форме, в стилистически нейтральной сфере повседневного общения.

На начальном этапе осуществляется формирование умений, обеспечивающих коммуникативный минимум человека [2; 8; 9]. В науке существует и такая точка зрения, что на первом этапе не рекомендуется заострять внимание и уделять много времени особенностям страны изучаемого языка.

Цель второго этапа обучения – усвоение предметно-понятийных основ начального образования по специальности. Усилия студентов надо

постоянно направлять «на максимально точное понимание того, что сказано в тексте и на то, как можно понятое сказать по-другому, по-своему. Задача состоит в том, чтобы превратить специальные средства в интеллектуальную собственность каждого студента» [7, С. 45]. Этому будет способствовать использование на занятиях таких форм обучения как дискуссия и обсуждение.

На заключительном этапе происходит формирование умений ведения деловых бесед и переговоров. Студенты не только должны усвоить основную терминологию, но и уметь излагать свою точку зрения, проводить сопоставления.

Для учебного материала этого этапа характерна разнотипность учебных текстов. Источниками могут быть учебники по специальности, газеты и журналы, помогающие показать естественную среду, справочная литература по специальности, представляющая своеобразный тип текста.

Анализируя литературу по обучению речевому общению, можно сделать вывод, что все они сходятся в представлении об обучении как о процессе, имеющим свои формы и методы, содержание, функции, который носит двухсторонний характер и целью его является овладение знаниями, умениями и навыками. Если оперировать данным понятием, то обучение речевому общению студентов можно охарактеризовать как двухсторонний, целенаправленно организованный, планомерно и систематически осуществляемый процесс овладения знаниями, умениями и навыками в области речевого общения.

Опыт работы со студентами неязыковых специальностей позволил выявить личностные характеристики обучаемых, их отношение к иностранному языку и к речевому общению, трудности в изучении предмета, стремление к овладению им.

Анализ анкетных данных показал, что не все студенты обладают четким и полным представлением о том, что представляет собой речевое общение и что необходимо для его развития. В анкете они так определяют

речевое общение – «обмен информацией посредством речи», «умение общаться», «умение находить «общий язык» с окружающими» и т.д. Как побочный фактор выявлено, что примерно 64 % студентов имели повышенный уровень тревожности, что сказывалось на их поведении на занятии.

Мотивационно-ценностный компонент в определенной степени прогнозирует развитость других компонентов речевого общения, так как осознание значимости речевого общения, его роли в развитии личности способно дать положительный импульс развитию качеств речи и речевых умений.

Определяя для себя цели и задачи в изучении иностранного языка, опрошенные студенты в качестве самой важной называли задачу овладения умением говорить на изучаемом языке и воспринимать иностранный текст на слух. Студенты также назвали причины, затрудняющие процесс обучения на занятии:

- быстрый темп речи преподавателя, трудность объясняемого материала, сложная терминология – 23 %;
- недостаточный словарный запас – 19 %;
- не существует причин, затрудняющих процесс речевого общения на занятии – 14 %;
- неумение чётко выразить свою мысль – 12 %;
- незнание материала – 10 %;
- нехватка аудиторных часов – 7 %;
- затрудняются ответить – 3 %;
- психологические факторы (волнение, застенчивость, неуверенность в себе и т.д.) – 2 %.

Из выше изложенных данных выясняется, что существует часть студентов, которые удовлетворены характером речевого общения на занятии.

Были отмечены положительные стороны речевого общения студентами:

- умение правильно и точно излагать известный (или пройденный) материал – 49 %;
- умение слушать – 23 %;
- умение следить за логикой излагаемого преподавателем материала – 17 %;
- преодоление таких черт характера как стеснительность, скованность и т.д. – 11 %.

Умение чётко, правильно, логично мыслить и выражать свои мысли в понятной, ясной, доступной форме стоит в центре речевого общения. Кроме того, отмеченные моменты, затрудняющие речевое общение преподавателя и студента, являются препятствием и всего процесса обучения в целом.

Поскольку основой содержательного компонента являются качества речи, нас интересовал вопрос о степени владения качествами речи студентами, а также вопрос о важности того или иного качества речи.

Таким образом, мы выделили некоторые качества речи, которые больше всего ценятся студентами. Предлагались десять качеств речи (точность, ясность, система изложения, логичность, содержательность, богатство словарного запаса, образность, выразительность, эмоциональность, правильность произношения), из которых нужно было выбрать наиболее важные для позитивного общения на занятии. Анализируя вопрос о мере важности качеств речи можно увидеть, что студенты одним из самых важных выделяют логичность речи, точность, систему изложения, эмоциональность и образность поставили на последние места с небольшой разницей в процентах. Второе место студенты отводят богатству словарного запаса, а правильности речи лишь пятое.

Самым трудным из видов речевой деятельности, по мнению студентов, являлось аудирование. На втором месте по трудности оказалось говорение, хотя 66 % студентов считают целесообразным уделять больше времени говорению.

Поскольку операционный компонент речевого общения составляют речевые умения, для нас было важно определить степень их развитости у студентов технических специальностей.

Диагностический тест на определение уровня речевых умений общения включал в себя:

- проверку уровня сформированности лексических умений;
- установление уровня владения грамматическими умениями;
- определение уровня сформированности начальных умений устного общения.

Результаты тестирования показали, что с заданиями лексического характера справились 69 % студентов; успешно выполнили задания по грамматике 48 % обучаемых; 36 % тестируемых продемонстрировали начальный уровень сформированности устных умений иноязычного общения.

В ходе тестирования устной диалогической речи выявлялись такие умения: понимание речи собеседника, формулировка кратких и полных ответов на общие, специальные или альтернативные вопросы; постановка всех видов вопросов, адекватных ситуации общения; ведение беседы на заданную тему в заданной ситуации с предвосхищением речевого поведения собеседника.

Тесты помогли выявить способности и умения студентов и осуществить принципы личностно-ориентированного подхода в процессе обучения. Тестирование дало студентам возможность объективно оценить свои знания, снять напряжение, а положительные результаты помогли им осознать личностные возможности.

Одна из важных проблем речевого общения – взаимопонимание. Выделены следующие ошибки, возникающие в речевом общении в связи с неправильным слушанием партнера:

- неясные по содержанию и форме высказывания;
- отсутствие внимания;

- восприятие намеков как конкретных высказываний и дополнение их домыслами;

- правильное восприятие, но ложная интерпретация;

- ложное восприятие рационального содержания информации;

- ложное восприятие эмоционального содержания информации.

Мы попросили студентов пронумеровать в порядке значимости качества, необходимые для успешного обучения речевому общению на занятиях иностранного языка. Результаты приведены ниже.

На 1 место студенты поставили «желание работать»; на 2 место – «уверенность в себе»; на 3 место – «знание лексических единиц»; на 4 место – «способность понимать преподавателя»; и на 5 место – «знание грамматических структур и их значение».

Размышляя о том, что могло бы способствовать развитию интереса к обучению речевого общения на иностранном языке, студенты предложили следующие пути:

- постановка проблемных вопросов – 39 %;

- задания исследовательского характера – 22 %;

- реальные жизненные обстоятельства – 22 %.

И 17 % затруднились ответить на этот вопрос.

Но как преподаватели обучают речевому общению? Студентам было предложено ответить на вопрос, какие пути активизации речевого общения используются преподавателями на занятиях по иностранному языку. По этому вопросу было высказано большое количество суждений. Их анализ позволил сделать вывод, что часть преподавателей не применяет на занятиях задания, способствующие активизации речевого общения, ограничиваясь традиционными методами ведения занятий:

- пересказ текста;

- ответы на вопросы;

- упражнения к тексту.

10 % студентов затруднились ответить на этот вопрос. 47 % студентов подтвердило использование преподавателями различных методов организации занятий, активизирующих речевое общение студентов:

- постановка проблемных вопросов, ответы на которые требуют определенных знаний и умений правильно строить свою речь;
- обсуждение прочитанных текстов;
- защита рефератов;
- задания исследовательского характера.

По мнению респондентов активизации речевого общения максимально способствуют диалоги и дискуссии. Во время дискуссии студенты сталкиваются с необходимостью высказать мнение по определенному вопросу, что стимулирует их речевую деятельность. Дискуссии по вопросам, не имеющим единого решения, вызывают у студентов необходимость высказать свою точку зрения, обосновать ее, рассчитывая на воздействие его речи на других.

При обучении речевому общению студентов преподаватели ставят на первый план ролевые игры, в которых студенты выступают в определенной роли, с присущими ей формами речевого выражения. Принимая на себя заданную роль, студент не только пытается выразить ее средствами вербального общения, но и прогнозировать действия своего героя. Таким образом, студенты приобретают навыки речевого общения и одновременно у них формируются качества, необходимые для их будущей профессии.

Мы выяснили, что большая часть его участников осознает важность использования речевого общения на занятиях по иностранному языку, но успешное речевое общение не всегда осуществимо в вузе по следующим причинам:

- субъектно-субъектные отношения преподавателя и студентов подменяются часто авторитарным стилем отношений;
- обучение ведется часто без учета отношения к нему студентов, а лишь в соответствии с планом;

- нередко сам студент занимает пассивную позицию, ждет, когда его научат.

Это недопустимо, когда речь идет об обучении речевому общению. Именно поэтому при отборе материала и организации речевого общения в учебном процессе мы отдаем предпочтение тем заданиям, которые способствуют повышению активизации деятельности студентов.

Личностно-ориентированная методика в процессе обучения речевому общению играет немаловажную роль. Во-первых, она обеспечивает достаточную напряженность и плотность практики, позволяет избежать монотонности и однообразия, сопутствующих запоминанию речевых образцов. Условия методики требуют неоднократного повторения модели или образца, не вызывая при этом у студентов утомления и негативной реакции. В ходе занятий происходит интенсивное развитие всех видов речевой деятельности (письмо, чтение, говорение, аудирование) на всех уровнях, отрабатываются все типы общения.

Критическое мышление означает не негативность суждений или критику, а разумное рассмотрение разнообразия подходов с тем, чтобы выносить обоснованные суждения и решения. Ориентация на критическое мышление предполагает, что ничто не принимается на веру. Каждый студент, невзирая на авторитеты, вырабатывает свое мнение в контексте учебной программы. Критическое мышление – это способность ставить новые вопросы, вырабатывать разнообразные аргументы, принимать независимые продуманные решения.

Критическое мышление способствует взаимоуважению партнеров, пониманию и продуктивному взаимодействию между людьми; облегчает понимание различных «взглядов на мир»; позволяет студентам использовать свои знания для наполнения смыслом ситуаций с высоким уровнем неопределенности, создавать базу для новых типов человеческой деятельности. Технология развития критического мышления позволяет четко

организовать учебный процесс и решить важнейшие образовательные и воспитательные задачи:

- существенно повысить интерес студентов как к изучаемому материалу, так и к самому процессу обучения;
- умение самостоятельно обрабатывать информацию и осуществлять осознанный выбор во всех сферах деятельности;
- существенно повысить эффективность восприятия информации студентами;
- сформировать навыки работы в коллективе.

Учебная дискуссия диалогична по самой своей сути — и как форма организации обучения, и как способ работы с содержанием учебного материала. Дискуссия является одной из важнейших форм образовательной деятельности, стимулирующей инициативность учащихся, развитие рефлексивного мышления.

Взаимодействие в учебной дискуссии строится не просто на поочередных высказываниях, вопросах и ответах, но на содержательно направленной самоорганизации участников — то есть обращении учащихся друг к другу для углубленного и разностороннего обсуждения самих идей, точек зрения, проблемы.

Учебная дискуссия уступает изложению по эффективности передачи информации, но высокоэффективна для закрепления сведений, творческого осмысления изученного материала и формирования ценностных ориентаций.

Таким образом, речевое общение представляет собой совокупность компонентов, в структуре которых интегрируются знания, мотивы, взгляды и убеждения, качества речи и речевые умения личности. В результате анализа ответов можно сделать вывод, что необходимость обучения речевому общению студентов на занятиях по иностранному языку в неязыковом университете вызвана различными причинами:

1. в ходе речевого общения создаются условия, способствующие произвольному усвоению изучаемого материала, развитию творческих способностей и активизации речевой деятельности;
2. поддерживается интерес к изучаемому предмету;
3. речевое общение обеспечивает коммуникативно-деятельностный характер общения.

Библиография

1. Архангельский С.И. Учебный процесс в высшей школе, его закономерные основы и методы.- М., 1989.- 368 с.
2. Зимняя И.А. Психологические аспекты обучения говорению.- М., 2001. - 384 с.
3. Клюев Е.В. Речевая коммуникация: учебное пособие для университетов и институтов.- М., 2002.- 320 с.
4. Ксенофонтова А.Н. Теоретические основы речевой деятельности: монография.- СПб., 2001.- С. 64-71.
5. Куницина В.Н. Межличностное общение: учебник для вузов.- СПб., 2001.- 544 с.
6. Кучинский Г.М. Диалог и мышление.-Минск, 1983.- 189 с.
7. Минина Н.М. Программа обучения активному владению иностранным языком студентов неязыковых специальностей и методические рекомендации.- М., 1998.- 62 с.
8. Могилевич Ю.Л. Педагогические условия формирования навыков иноязычного общения.- Саратов, 1999.- С. 129-132.
9. Пассов Е.И. Коммуникативный метод обучения иноязычному говорению.- М., 1991.- 223 с.
10. Руденский Е.В. Основы психотехнологии общения менеджера: учебное пособие.- М., 1998.- 180 с.
11. Рыданова, И.И. Основы педагогики общения.- Минск, 1998.- 319 с.
12. Формановская Н.И. Речевое общение: коммуникативно-прагматический подход.- М., 2002.- 216 с.

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕОРИИ И МЕТОДЫ ОБУЧЕНИЯ ИНОСТРАННЫМ ЯЗЫКАМ

МОИСЕЕВА Л.В.,

к.п.н., доцент кафедры иностранных языков,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532) 72-22-22,

post@oimsla.edu.ru

***Ключевые слова:** высшее образование, преподаватель, гуманизация, гуманитаризация, двуязычие, интерференция, методы, обучение иностранным языкам, современные технологии, интеркультурная коммуникация, информационные технологии, наглядность, деловые игры, аутентичные тексты, отбор, проект, модернизация, ситуативная направленность, автономия, профессионализация, развитие личности.*

Новая языковая политика и овладение языком как средством межкультурного общения требуют иных подходов к методике преподавания, расширения профессиональных знаний, развития коммуникативных умений преподавателя, разработки современных технологий обучения. В данной статье речь идет о таких методах и проблемах обучения иностранным языкам, как коммуникативный метод обучения, личностно-ориентированное обучение, понятие автономии студентов в процессе изучения иностранных языков, информационные технологии в языковом образовании, дидактические и психологические основы наглядности, использование деловых игр на занятиях.

***Key words:** higher education, educator, humanization, bilingualism, interference, methods of teaching foreign languages, modern technology,*

intercultural communication, information technology, visual expression, business play, authentic text, project selection, modernization, autonomy, professionalism, personality development.

Treating language acquisition as means of intercultural communion requires an alternate approach to teaching methodology, enlargement of professional knowledge and skills, development of educator's communicative proficiency, elaboration of modern teaching technologies. The article deals with such approaches and issues of foreign language teaching, as communicative instruction method, person-oriented educational work, autonomy of undergraduates in the course of learning foreign languages, information technology in language teaching, didactic and psychologic principles of visual expression, use of business plays in seminars.

Язык, выступая как промежуточное звено между сознанием и действительностью, характеризуется своеобразным когнитивно-аксиологическим субстратом, формирующимся под влиянием особенностей действительности, особенностей сознания и внутриязыковых особенностей. Национальная картина мира, которая фиксируется в языке, представляет собой реализацию когнитивной функции сознания и накладывает известные ограничения на реализацию второй важнейшей функции психики - коммуникативной.

Однако при взаимодействии двух языков, двух картин мира их когнитивные противоречия диалектически снимаются за счет действия коммуникативной функции сознания. Основы для этого заложены в особенностях самого образа мира, который представляет собой не только предложенный мир, наполненный значениями, а «переход через чувственность за границы чувственности, через сенсорные модальности к амодальному миру». Когнитивная функция сознания предполагает не только

работу мышления, но и реализацию «чувственной ткани сознания» - ощущений и восприятий.

Важную роль в развитии сознания сыграло стремление человека к установлению отношений с другими членами общества в процессе трудовой деятельности, в результате которого одновременно с сознанием возникают язык и речь.

Язык явился средством объективизации мысленных образов и сознания в целом. Слово фиксировало полученные знания, обобщало единичные явления. Таким образом, получая язык в наследство от предыдущих поколений, человек получает не только инструмент общения с себе подобными, но и средство передачи информации от индивида к индивиду. Вместе с языком он получает в готовом виде значительный объем проверенных и отобранных в результате многовекового опыта знаний, закрепленных в самой структуре языка.

Переходя к исследованию двуязычия, отметим, что наиболее важным в процессе применения обоих языков является изучение своеобразия проявления интерференции. Первостепенное значение приобретает вопрос об интерференции в области фонетики, фонологии, синтаксиса, лексико-грамматической системы и стилистики.

Важнейшая задача психологического аспекта исследования двуязычия - рассмотрение интерференции в собственно психологическом аспекте. Для этого необходимо дать с психолингвистической точки зрения соотносительную характеристику лингвистических категорий, понятий, «отложившихся» в языковом сознании двуязычии; своеобразия закрепления в памяти, осознания, осмысления, слухового и зрительного восприятия двуязычным коллективом, индивидом признаков, особенностей категорий и понятий, специфичных для второго языка и отсутствующих в их языковом сознании как носителей первого языка.

Задача педагогического аспекта - разработка и применение методов обучения двум языкам, методов изучения процесса овладения, владения

двумя языками в условиях двуязычия. Педагогический аспект основывается на собственно лингвистическом, социологическом и психологическом аспектах.

В современной педагогической и психологической науке существуют две диаметрально противоположные концепции по вопросу о роли родного языка в овладении вторым языком. Одни считают, что родной язык мешает овладению вторым языком. Другие же находят, что родной язык, напротив, способствует лучшему усвоению второго языка.

По нашему мнению, родной язык, языковое сознание, развившееся на базе родного языка, в целом помогают в овладении вторым языком. Точно также изучение второго языка способствует расширению кругозора, развитию языкового сознания, а также мышления. Это подтверждается практикой овладения двумя языками с детства.¹

Вопросы предоставления и получения образования относятся к числу постоянных задач, решаемых человечеством на протяжении всей своей истории. Эта проблема выходит на передний план, так как с ростом численности населения и интенсивным развитием науки и техники повышается спрос на образовательные услуги в целом и на знание иностранных языков в частности.

В числе тенденций и направлений развития обучения иностранному языку можно выделить три блока проблем: психолингвистические проблемы, связанные с теорией речевой деятельности и возможностями практического использования в обучении иностранному языку; методические проблемы, связанные с аспектным преподаванием языка; общедидактические проблемы, связанные с поиском наиболее рациональных и эффективных приемов и способов работы. Обучение иностранному языку рассматривается как глобальное общечеловеческое явление, включенное в широкий социокультурный контекст.

Существенный фактор в деле совершенствования практической подготовки специалистов к использованию иностранного языка в

профессиональной деятельности - повышение мотивации, интереса, формирование сознания полезности формируемых умений. Занятия проводятся в форме ролевых и деловых игр, тренингов с использованием интерактивных технологий, электронных средств обучения. Важным для оптимизации процесса обучения в вузе является совершенствование организации самостоятельной работы, обеспечение методической помощи и контроля со стороны преподавателей. Формирование умений самостоятельной работы над иностранным языком позволяет совершенствовать ранее приобретенные знания, умения и навыки, чтобы специалист мог изучать в ходе своей профессиональной работы юридические источники на иностранном языке, вести поиск информации в зарубежной литературе, логически осмысливать извлекаемую информацию, пользоваться различными видами чтения, а также изучать другие иностранные языки.

Применение новейших компьютерных технологий и технических средств обучения в преподавании иностранных языков позволяет осуществить автономное обучение, формируя у студента способность к критической рефлексии, анализу, независимой деятельности, принятию единственно правильных решений. Логическим развитием технологической системы обучения является компьютеризация видеоклассов, создание полномасштабной студии аудио-видеозаписи, использование Интернета, спутниковой антенны в учебном процессе. Сегодня наши студенты могут: работать в видеозалах с учебными видеофильмами по деловому языку, документальными, художественными, лингвострановедческими фильмами, используя методические разработки к видеофильмам. Комплекс технической поддержки изучения иностранных языков позволяет обучающимся совершенствовать умения и навыки речемыслительной иноязычной профессиональной деятельности; снимает барьер страха и неуверенности, повышает профессиональную компетентность в области международных юридических отношений.

С развитием новых информационных технологий расширяется спектр информационных ресурсов, создаются условия для формирования единого глобального образовательного пространства. Важно так организовать обучение, чтобы оно соответствовало более высокому уровню мышления студента, позволяло ему ориентироваться в потоке информации, выделять главное, развивать творческие способности. Особая роль отводится студенческой научно-исследовательской работе, реализуемой в деятельности студенческого научного кружка, цели которого:

- овладение студентами коммуникативной компетенцией через научно-исследовательскую работу юридического и гуманитарного характера;
- формирование и развитие умений и навыков самостоятельной научно-исследовательской работы;
- реализация приобретенных знаний и умений в написании курсовых и дипломных работ, рефератов и аннотаций на статьи и монографии зарубежных авторов.

Вопрос методики преподавания неизбежно затрагивает проблему роли преподавателя. Совершенно очевидно, что успешная учебно-методическая работа в системе высшего образования во многом зависит от личного отношения преподавателя к новым формам и стратегиям обучения. Говоря об уровне компетентности преподавателя, следует иметь в виду не только знание самого предмета и его стремление постоянно расширять свой интеллектуальный потенциал, но способность приобретать специальные навыки мотивировать студентов для обучения. Среди преподавателей иностранных языков все большую популярность получает коммуникативная методика. Она строится на принципе группового взаимодействия, при котором коммуникативные задания, проектная деятельность или игра деловой направленности представляются наиболее эффективным способом изучения учебного материала.

Для коммуникативного метода важен принцип профессиональной направленности обучения, когда преподаватель отбирает учебные

материалы, способствующие углублению познаний студентов, стимулирующие их мыслительную деятельность и помогающие формировать профессионально значимые для обучающихся знания и умения. Практические занятия и задания опираются как на изученный материал, так и на фоновые знания студентов. Учет фоновых знаний необходим, так как они способствуют формированию новых профессиональных интересов, что, в свою очередь, ведет к повышению творческой активности обучаемых.

Формирование социокультурной и шире коммуникативной компетенции обучаемых - одна из сторон деятельности преподавателя иностранного языка. Эффективное решение профессиональной, воспитательной, образовательной и развивающей целей обучения иностранному языку требует знания исторических, культурных, религиозных, политических, экономических особенностей тех стран и народов, язык которых преподается студентам в вузе. Названное обстоятельство обуславливает статус иностранного языка как дисциплины, способствующей гуманизации образования. Студент в процессе обучения иностранному языку выступает как его активный и полноправный участник, а сам процесс направлен на развитие самостоятельности студента, свободы его языкового творчества и личной ответственности за результативность обучения.

Методические положения, лежащие в основе формирования социолингвистической компетенции, можно свести к следующим:

- коммуникативно-ситуативная направленность языкового общения;
- ролевая организация учебного процесса;
- вариативность процесса общения, использование разнообразных способов реализации коммуникативных задач;
- изучение системы страноведческих и лингвострановедческих фоновых знаний;
- аутентичность использованных материалов;

- максимально приближенные к реальной ситуации формы работы.

Достижение социокультурной компетенции посредством активизации деятельности студентов возможно через использование ситуативно-обусловленного обучения языку с помощью коммуникативно-ориентированных упражнений, к которым можно отнести ролевые игры.

Ролевая игра может быть определена как форма имитационного моделирования условий предстоящей профессиональной деятельности. В ходе ее реализации участники игры развивают или совершенствуют профессионально-ориентированные умения.²

Ролевые игры нашли широкое применение в различных областях знаний, в том числе и в практике преподавания иностранного языка, так как служат решению задачи выработки профессионально-ориентированных умений в процессе действия, т.е. в результате решения самим обучаемым различных проблемных задач.

Использование ролевых игр в процессе языкового обучения должно создать условия, чтобы ролевое общение стало стимулом к развитию спонтанной творческой речи коммуникантов. Для этого от преподавателя требуется:

- четко обозначить задания и распределить роли и ролевые отношения в игре. Как известно, возможна дифференциация ролевых отношений на симметричные, когда социальный контекст участников одинаков, и несимметричные с партнерами разного социального статуса и признаков. Студент должен строить свое речевое поведение в соответствии с заданным статусом;
- создать конкретный, лично-значимый контекст, что способствует идентификации студента с героем, порождает его личное поведение, участие в игре. Он соизмеряет свои речевые действия с реакцией других участников игры в рамках контекстуальной ситуации. Важно избегать

формальных, нечетких заданий, когда у участника игры отсутствует естественная речевая интенция;

- игра должна быть динамичной, интересно, многообразно организованной и ситуативной, связанной с решением определенных проблем и коммуникативных задач;

- создать дружелюбную и легкую атмосферу, в которой студенты осознают не только необходимость, но и испытывают потребность выразить свою точку зрения. Для этого преподаватель искренне выражает свое отношение к коммуникантам, оказывая им поддержку и доверие, давая им индивидуальные задания или допуская определенную степень самостоятельности в проведении отдельных фрагментов игры, либо в выборе способов достижения заявленных целей речевого общения;

- учитывать возрастные, личностные особенности участников игры, тип учебного заведения.

Ролевой игре предшествует стадия подготовки. Студентам предлагается языковой материал, обладающий следующими основными характеристиками. Все упражнения направлены на формирование социолингвистической компетенции и содержат лингвострановедческую информацию как одну из составляющих этой компетенции. Использованные материалы аутентичны, они воссоздают реальные ситуации и проблемы деловой жизни стран изучаемого языка в условиях практического занятия, что способствует более глубокому и полному усвоению студентами лексики и грамматики, связанных с рассматриваемой проблематикой.

Помимо упражнений студентам дается обширная социокультурная информация: знакомство с существующими традициями и сторонами бытовой, организационной, производственной и управленческой культуры стран изучаемого языка. Чем шире и разностороннее информированы участники игры об этих сторонах жизни носителей языка, тем эффективнее языковое общение и весомее достигнутые результаты.

Заслуживает внимания и психологический аспект приобретения лингвистической компетенции в процессе проведения деловых игр. Имея перед собой определенную поведенческую задачу, студенты пытаются выработать собственные подходы к ее решению, примеряя на себя заданные роли, перевоплощаясь в определенных персонажей и усваивая данные модели поведения, что служит дополнительным стимулом развития когнитивных, эмоциональных и мнемических способностей.

Деловые игры призваны решить важные задачи в формировании социокультурной компетенции студентов:

- предлагают новый взгляд на широкий круг традиционных деловых вопросов и приглашают к анализу существующих подходов к серьезным проблемам деловой жизни зарубежных стран;
- развивают навыки межличностного общения и помогают студентам максимально полно выразить себя;
- расширяют их языковой, общий и профессиональный кругозор, позволяют ознакомиться с культурными и духовными традициями других стран и народов и понять их.³

В Оренбургском институте МГЮА преподаватели кафедры иностранных языков часто используют ролевые игры в процессе языкового обучения. 22 апреля 2008 года в нашем институте студенты и преподаватели получили возможность присутствовать на инсценировке судебного процесса по делу Мориса Папона, шефа полиции пронацистского режима Франции во время Второй мировой войны, который был осужден за отправку французских заключенных в концлагеря. Ролевая игра была подготовлена студентами 31 группы отделения международного частного права. Студенты самостоятельно и под руководством преподавателя составили речи и обращения участников процесса, проработали мельчайшие детали, ответственно отнеслись к этой непростой задаче - провести судебное заседание по сложнейшему делу на французском языке. Студентам 41 группы выпала честь быть присяжными заседателями в данном процессе.

Перед ними стояла задача решить судьбу обвиняемого, оценив показания свидетелей, выслушав прения сторон и последнее слово обвиняемого. После объявления вердикта судья вынес приговор.

Проведение подобных мероприятий, несомненно, очень полезно, поскольку позволяет участникам углубить знание иностранного языка, разобраться в тонкостях процессуального законодательства, проявить свои скрытые актерские способности и оценить свои возможности в плане выбранной профессии.

Образовательные программы в современной высшей школе ставят перед студентами неязыковых вузов как главную цель обучения - активное владение иностранным языком, средством формирования и формулирования мыслей в области повседневного общения и в области соответствующей специальности. Наряду с практической целью обучение преследует общеобразовательные цели - повышение образовательного уровня, культуры речи, общение, знакомство с культурой страны изучаемого языка. В этой связи огромное значение имеет отбор учебных текстов.

Существуют два подхода к отбору текстов. Это узкая специализация или тексты общего направления, интересные для любой специальности. Важно, чтобы тексты носили проблемный характер, чтобы студент мог высказать свою точку зрения к изложенному материалу. Такие тексты мотивируют студентов к дальнейшему изучению иностранного языка, позволяет обогатить словарный запас, способствуют расширению кругозора. От преподавателя требуются большая гибкость, эрудиция, профессионализм, чтобы обеспечить соответствие требованиям программы учебному процессу и конечному результату данного процесса, подразумевающему выход из стен академии эрудированного специалиста - правоведа, способного изъясняться по меньшей мере на одном иностранном языке.

Профессионально-ориентированное обучение иностранным языкам - это прагматическое обучение. В конкретных условиях юридических факультетов это означает, что овладение иностранным языком по

содержанию и методике обучения должно служить профессиональной, т.е. юридической подготовке будущего выпускника.

Выпускник, овладевая иностранным языком в соответствии с программными требованиями, должен быть готов к использованию иностранного языка в своей будущей профессиональной деятельности. Профессионально-ориентированная коммуникативная компетенция не может развиваться изолировано, отдельно от общей, т.к. профессиональная ориентация достигается:

- приобщением профессиональных тем и сценариев к планированию общения и обслуживающих его языковых действий;
- сознательным овладением студентами методикой работы с аутентичными текстами.

Одним из способов интенсификации учебной деятельности отдельного учащегося, повышающих мотивацию к изучению иностранного языка и развивающих активность и творчество, является проектная форма работы. На начальном этапе учащихся знакомят с методом проектов как видом работы. Прежде чем приступить к проектной работе, студент должен овладеть определенными интеллектуальными, творческими и коммуникативными умениями. Это значит, что он должен уметь работать с текстом (выделять главную мысль, осуществлять поиск нужной информации в иноязычном тексте), анализировать информацию, делать обобщения и выводы, уметь работать с разнообразным справочным материалом, а также уметь вести дискуссию, слушать и слышать собеседника, отстаивать свою точку зрения, подкреплять ее аргументами, уметь находить компромисс с собеседником, уметь лаконично излагать свою мысль. Таким образом, для грамотного использования метода проектов требуется значительная подготовка, создание прочной языковой базы у студентов, которая осуществляется в системе обучения вуза.

Каждый проект соотносится с определенной темой устной речи. На этапе тренировки студенты усваивают необходимый грамматический и

лексический материал в рамках учебной темы. Они должны свободно владеть активной лексикой перед тем как переходить к обсуждению проблемных вопросов или выполнять самостоятельно творческий проект. Проектные работы могут быть:

- краткосрочными - конкретные задачи распределяются по группам студентов и обсуждаются возможные способы их решения;
- творческими - самостоятельная или групповая работа участников проекта по исследовательским творческим задачам;
- информационными монопроектами - студент собирает определенную информацию по какой-либо проблеме, анализирует, обобщает полученные данные, а затем информирует других студентов о полученных сведениях.

Студенты могут сами придумать темы для своих проектных работ, но преподаватель должен одобрить сделанный студентом выбор. При использовании метода проектов меняется роль преподавателя. Он выступает как добрый друг и помощник, наставник, координатор, наблюдатель.

Проектная работа характеризуется высокой коммуникабельностью, активностью, проявлением творческого подхода к решению поставленных задач. В проекте студент выступает как социальное лицо, соотносящее свои личные интересы с общественными и как творческое лицо, пробуящее предложить новые решения отдельных социально-экономических проблем.

Проблема наглядности в обучении является одной из важнейших. Живое созерцание, т.е. наглядное восприятие внешних объектов, является существенным и исходным моментом в процессе познания. О наглядности, как начале всякого познания, Я.А.Коменский в своей «Великой дидактике» говорит, что начало познания должно всегда исходить из чувств, т.к. ничего не существует в познании, чего раньше не было в ощущении. «Знание начинается из чувственного восприятия, с помощью воображения переходит в память, затем, через обобщение единичного, образуется понимание общего

и, наконец, для уточнения знания о вещах достаточно понятных составляется суждение».

Наглядное восприятие является не только началом всякого знания, но и его основой. Коменский говорит по этому поводу, что наглядность является основой обучения потому, что она обеспечивает легкое запечатление изучаемого явления. Наглядность облегчает запечатление предмета, т.е. образование ясного, четкого представления о нем. Наглядность является также важнейшим моментом в развитии памяти человека.

Значение наглядности для развития мышления определяется тем, что наглядный материал дает не только материал, не только само содержание для нашего мышления; он знакомит нас также с конкретными логическими формами самого мышления. Логические закономерности, находимые нами в процессе мышления, есть не что иное, как отражение тех связей и отношений, которые мы наблюдаем в вещах (Л.Э. Омарова).

Наглядность имеет исключительное значение в процессе обучения. При рассмотрении проблемы наглядности следует подчеркнуть, что под наглядным материалом следует понимать не только зрительные ощущения, восприятия или представления, но вообще всякие образы, связанные с деятельностью наших органов и чувств. Наглядность может выражаться как в зрительной, так и в слуховой форме, как в двигательной, так и в осязательной.

Психологическая особенность чувственно-наглядного преподнесения материала состоит в том, что оно мобилизует психологическую активность обучающихся, снижает утомляемость, вызывает интерес к занятиям иностранным языком. Применение наглядности интенсифицирует учебный процесс, делает его более эффективным и более интересным.

Гуманность общества - основной критерий уровня развития цивилизации в любой стране - воспитывается грамотной организацией и осуществлением образовательной деятельности. Образование тогда станет

гуманным, когда оно создаст благоприятные условия для раскрытия и развития тех способностей, которыми человек наделен от природы.

Выполнение социального заказа в области формирования и развития творческой личности невозможно без изменения личностной и деятельностной позиции студента, которого необходимо поставить в ситуацию выбора и сильного самоопределения.

В числе основных направлений и средств реформирования высшего образования - его гуманизация и гуманитаризация. Для обеспечения учебного сотрудничества педагога и студента необходимо принять в качестве ведущих целей не только развитие языковой и коммуникативной компетенции студентов, но, главным образом, формирование ценностного отношения к изучению иностранного языка, а также готовность применять присвоенные ценности, знания, опыт в качестве эталонов и регуляторов жизнедеятельности.⁴

Предпосылки, обеспечивающие успешность педагогического процесса в осуществлении лично ориентированного подхода в вузе - принципы гуманистической педагогики: взаимная открытость педагога и студента, опора на личный опыт, самоактуализация способностей, развитие индивидуальности и субъектные полномочия в выборе цели (Латышева Н.Е.).

В одном из положений, разработанных В.В.Сериковым, концепции лично ориентированного образования подчеркивается, что подобно тому, как человек в образовательном процессе овладевает опытом применения знаний, способами решения познавательных задач, он должен овладеть и опытом «быть личностью», т.е. опытом выполнения специфических личностных функций. Наряду с избирательностью, рефлексией и другими функциями автор выделяет и такую функцию, как автономность. По мнению В.В.Зайцева, свобода и автономность - важнейшее условие нормального личностного развития человека, становления любой личностной структуры. Автономия - это способность самостоятельно руководить собственным учением. Руководить собственным учением

означает нести полную ответственность за решения по всем аспектам процесса учения; отбор методов и техники учения; мониторинг процесса усвоения; оценивание того, что усвоено.⁵

Одним из основных вопросов интенсификации методов обучения является внедрение информационных технологий в процесс подготовки специалиста. Понятие «новая информационная технология» связано с развитием перспективных дидактических средств, к которым относятся электронные мультисредства, компьютеры и компьютерные сети. Интернет может быть использован как эффективное средство обучения иностранным языкам. Чтобы использование информационных технологий при обучении иностранному языку было педагогически оправдано, следует каждый раз искать пути интеграции их в учебно-воспитательный процесс, органично вписывать в систему обучения со всем программным языковым материалом, соотносить интересы студентов, выбирающих тему для проекта, с изучаемой темой, предусматривать сравнительное изучение фактов и событий. Использование Интернета позволяет повысить эффективность обучения иностранному языку за счет повышения мотивации студентов, овладения навыками критического осмысления аутентичных текстов и проведения исследовательской работы в сети, в целом погружения в языковое пространство.

Очевидна необходимость создания общеевропейского лингвистического пространства в области обучения иностранным языкам. Владение иностранным языком должно рассматриваться не как желательный, а как обязательный элемент профессиональной культуры специалиста с высшим образованием. Задачи вхождения России в Болонский процесс обуславливают следующие направления модернизации высшего образования в области обучения иностранным языкам:

- организацию непрерывного процесса обучения иностранным языкам в вузах в течение всего времени обучения;

- возможность организации концентрированного обучения иностранным языкам в неязыковых вузах;
- разработку и внедрение модулей обучения ИЯ различных уровней с обязательным элементом контроля в виде стандартизированных тестов, ориентированных на международно признанные образцы;
- создание групп обучаемых различных уровней с целью обучения на различных уровнях модулях и др.⁶

Взаимное изучение языков и культур играет важную роль в наведении прочных мостов сотрудничества, в углублении взаимопонимания, расширении границ общения между народами, помогает решать сложные политические и социально-экономические проблемы современности.

¹ Современные теории и методики обучения иностранным языкам / Под общ.ред .Л.М.Федоровой, Т.И.Рязанцевой. -- М.: Издательство «Экзамен», 2004. – С.197, 200, 203.

² Современные теории и методы обучения иностранным языкам. – М.:Издательство «Экзамен», 2006. -- С.56.

³ Современные теории и методы обучения иностранным языкам. – М.: Издательство «Экзамен», 2006. – С.59.

⁴ Ibidem. С.162.

⁵ Ibidem. С.339.

⁶ Ibidem. С.209.

ТЕСТИРОВАНИЕ В СИСТЕМЕ ОБУЧЕНИЯ ИНОСТРАННОМУ ЯЗЫКУ

ПОПОВ Е.Б.,

*д.п.н., профессор, заведующий кафедрой иностранных языков,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,*

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-22,

post@oimsla.edu.ru

***Ключевые слова:** оценивание, тестирование, тестовое задание, этапы тестовой процедуры, валидность теста, достоверность тестовой процедуры, критерии оценки и интерпретация результатов теста.*

В статье не только представлены примеры тестовых методик по английскому языку, используемых в ОИ МГЮА, но и рассмотрены общие вопросы тестирования, среди которых: роль и специфика теста как способа оценивания результативности учебного процесса, основные требования к содержанию и процедуре теста, особенности различных видов тестов, основные достоинства и недостатки тестирования.

***Key words:** assessment, testing, test item, test procedure stages, validity, reliability, criterion of estimation and interpretation of test scores.*

The article deals both with some academic questions of testing in teaching of foreign languages (such as character and particularity of testing, basic requirements to test content and its procedure, distinctive features of various kinds of tests, primary advantages and disadvantages of testing) and also with various examples of test techniques being used in Orenburg Institute of MSLA.

В практике обучения иностранным языкам в современной высшей школе в качестве средства текущего и итогового контроля всё чаще применяются разнообразные тесты (как на бумажном носителе, так и в компьютерном варианте), предлагаемые авторами используемых учебных пособий, а также разрабатываемые самими преподавателями. Однако эффективность различных тестов и степень достоверности получаемых с их помощью результатов не всегда является очевидной. Чтобы понять причину этого, важно не только определить роль и специфику теста как способа оценивания, но и систематизировать основные требования к содержанию теста и процедуре тестирования, охарактеризовать особенности различных видов тестов, обозначить основные достоинства и недостатки тестирования в сравнении с другими методиками оценивания результативности учебного процесса. В своих рассуждениях постараемся опираться не только на труды отечественных ученых, но и на работы, опубликованные в Западной Европе и Северной Америке.

Начнём с самых общих позиций и рассмотрим соотношение понятий "тестирование – оценивание". Оценивание является более общим понятием и предполагает многомерное задействование различных приёмов измерения искомых характеристик у испытуемого и определения их соответствия определенным стандартам, образцам или нормам; оно базируется, прежде всего, на наблюдении внешних показателей деятельности и предполагает некое обобщение разнообразной информации в виде итогового суждения.

Оценивание в образовании выступает как анализ учебной практики и как прогноз эффективности и результативности того, чьё поведение оценивается¹, так как:

- адекватное оценивание, как формальное так и неформальное, способно повышать мотивацию студентов, выступая "верстовыми столбами" на дороге познания;
- оценивание способствует закреплению и долгосрочному запоминанию изучаемого материала;

- оценивание содействует самоутверждению студента в тех видах деятельности, которые выполняются им успешно, и ориентирует на те виды деятельности, в которых необходимо дополнительно совершенствоваться;
- оценивание побуждает студентов самостоятельно определять свои ближние и дальние перспективы;
- оценивание позволяет воспринимать динамику прохождения отдельных этапов учебного курса;
- оценивание создаёт благоприятные условия для самостоятельной работы студентов путём расширения возможностей самооценки своей успешности в учебной деятельности;
- оценивание способно развивать критическое отношение студентов к успешности работы своих преподавателей².

Оценивание как процесс сбора данных с целью определения качеств и характеристик отдельных людей и целых групп предполагает такие средства сбора информации как наблюдение, мнение экспертов, анализ результатов деятельности (например, портфолио), собеседование и тестирование. Тем самым, тест является лишь одним из педагогических средств оценивания, представляя собой процедуру/способ измерения индивидуальных умений, знаний или других характеристик деятельности в определенной предметной области. Раскроем содержание каждого из компонентов этого определения.

Во-первых, тест выступает как измерительное средство (совокупность процедур, техник или заданий), которое предполагает выполнение определенных действий со стороны испытуемого. Непременными характеристиками подобного средства является детальная проработанность, структурированность и недвусмысленность его компонентов, а так же стандартизированная процедура по искусственному воспроизведению испытуемым того вида деятельности, который эксперт-оценщик хочет пронаблюдать и оценить.

Во-вторых, тест используется для измерения, при этом объектом измерения могут выступать как общие способности человека, так и его характеристики и показатели в каких-либо узких сферах деятельности.

Далее, тест позволяет измерять умения, знания или другие характеристики деятельности отдельного человека и при этом предоставляет шкалу интерпретации полученного результата, что в свою очередь может служить основанием для оценки выявляемых индивидуальных характеристик в соотношении с эталоном, с результатами других тестируемых или же с результатами этого же человека, полученными ранее.

И, наконец, тест позволяет измерять характеристики деятельности человека в определенной предметной области. При этом и предметная сфера (в нашем случае – это английский как иностранный язык) сама может разделяться в зависимости от основания для классификации на более узкие области, например:

- с точки зрения видов деятельности при обучении иностранному языку (*language arts view*): 1) аудирование (*listening*), 2) говорение (*speaking*), 3) чтение (*reading*), 4) письмо (*writing*);

- с точки зрения формирования коммуникативной компетентности (*communicative competence view*): 1) грамматическая компетенция (*grammatical competence*) включает в себя фонологию (*phonology*), морфологию (*morphology*), синтаксис (*syntax*) и семантику (*semantics*); 2) прагматическая компетенция (*pragmatic competence*) характеризует соответствие ситуации общения (*sensitivity to illocution*); 3) дискурсивная компетенция (*discourse competence*) охватывает риторические приёмы (*rhetorical organization*), логическую стройность (*coherence*) и связанность (*cohesion*) речи; 4) стратегическая компетенция (*strategic competence*) проявляется в схеме взаимодействия (*interaction patterns*), навыках взаимодействия (*interaction skills*), невербальных характеристиках взаимодействия (*non-verbal features of interaction*).

Существуют различные основания для более детальной классификации тестов по целевым, функциональным, содержательным и формальным признакам, что в самом общем виде можно свести к следующим оппозициям:

рецептивный тест (<i>receptive tests</i>); объективный тест, выполнение которого требует выбора ответа посредством отметки "галочкой" или "кружочком" нужной буквы или цифры, под которой закодирован ответ (<i>objective tests</i>)	продуцирующий тест (<i>productive tests</i>); открытый тест с возможностью расширения заданного текста задания (<i>open-ended tests</i>)
оценка по соотношению со средним результатом (<i>norm-referenced tests</i>)	оценка по критерию (<i>criterion-referenced tests</i>)
оценка знаний (<i>knowledge-based tests</i>)	оценка эффективности функционирования (<i>performance tests</i>)
оценка отдельного качества или характеристики (<i>discrete-point tests</i>)	комплексная оценка измеряемых качеств или характеристик (<i>integrative tests</i>)
тест на сложность	тест на скорость
устный тест (<i>verbal tests</i>)	письменный тест (<i>written tests</i>)
тест достижения, определяющий уровень и степень усвоения материала (<i>achievement tests</i>)	проверка квалификации (<i>proficiency tests</i>)

Так же следует различать тестирование, используемое как инструмент текущего контроля (*formative assessment*), и тестирование,

проводимое в конце изучения отдельного тематического блока (*summative assessment*). В первом случае мы имеем дело с отслеживанием процесса "формирования" компетентности у студентов; непосредственной целью тестирования здесь является обратная связь с экспертом и оказание помощи студенту в совершенствовании своих знаний и опыта деятельности в ходе дальнейшего учебного процесса. Второй тип тестирования ориентирован на суммарную оценку успешности студента по окончании изучения им отдельного тематического блока. Это скорее взгляд назад, который позволяет констатировать уровень достижения студентом тех задач, которые стояли перед ним в начале изучения данного тематического блока.

При всём многообразии тестовых методик, неизменным является то, что любой тест представляет собой некое количество тестовых заданий (*test items*). Тестовое задание – это минимальная составляющая единица теста, которая включает: 1) описание ситуации и характеристику типа задачи, 2) инструкцию по выполнению, 3) текст, или основу, 4) набор возможных ответов (в задании закрытой формы).

В зависимости от предполагаемых действий испытуемого тестовые задания могут быть сведены к тому или иному виду:

- задание с ограниченным действием (*limited response*); например, указать на нужный объект из двух предложенных или выбрать из двух возможных ответов "да" или "нет";
- задание, в котором из нескольких предложенных ответов выбирается правильный (*multiple-choice*); варианты этого задания: выбор нескольких правильных ответов или же определение одного неправильного ответа;
- перекрёстный выбор, предполагающий установление соответствий или "поиск пары" (*matching*);
- задание на группировку (*ranging*);
- редакционное изменение текста (*editing*);
- задание на идентификацию (*labelling*);

- парафраз или передача содержания некоего высказывания своими словами; пересказ, близкий к оригинальному тексту (*paraphrasing*);
- выявление логической последовательности; расположение по порядку, группировка фактов (*ordering*);
- задание на заполнение таблиц и схем (*information transfer*);
- грамматические преобразования (*grammatical transformation*);
- удаление из предложенного текста лишних элементов в соответствии с заявленным в задании принципом (*crossing-out odd items*);
- "тест с пропусками" или тест на восстановление текста (*cloze test* или *c-test*).

Некоторые из перечисленных видов тестовых заданий для наглядности проиллюстрируем примерами из практики преподавания английского языка в ОИ МГЮА:

- задание на удаление из предложенного текста лишних элементов; тема "Словообразование в английском языке":

Task. *In each line cross out an odd word.*

- 1) unbearable, incomprehensible, unexplainable, unaccountable
- 2) unforgettable, memorable, unacceptable, never-to-be-forgotten
- 3) positively, relatively, comparably, respectively
- 4) responsibility, audibility, accountability, liability
- 5) reasonableness, credibility, sensibility, believability
- 6) decision, measurement, judgment, resolution
- 7) belonging, scholarship, possession, ownership

- задание на перекрёстный выбор; тема "*Mafia – a Global Problem*" (фрагмент):

Task. Match the headings with sub-paragraphs:

- 1) Computer-related crime.
- 2) Corruption and bribing public figures, and elected officials.
- 3) Illicit arms trade.
- 4) Trade in humans.

a. Armed conflicts in hot spots world-wide are fuelled by an international network of arms producers and suppliers. The most dangerous aspect of these crimes is illicit trafficking in radioactive materials.

b. As soon as governmental and commercial organizations started making intensive use of computers, the Mafia reached out for computer networks. Organized crime is making active use of all computer-related facilities.

c. This crime has been gaining momentum and includes transporting illegal immigrants to their destinations, procuring women for prostitution, hiring people for slave labour, acquiring household servants from developing countries, and selling children for illegal adoption for enormous sums.

d. This activity is not subject to punishment in a number of countries. Under the veil of commission or fees for consultancy, intermediation or legal services, bribes have become part of business overheads world-wide.

- задание на расположение по порядку; тема "*Criminal law*":

Task. Rearrange the words given in the frame in the following order:

accused, acquitted, convicted, death row inmate, defendant,
executed, executioner, prisoner, suspect

- 1) подозреваемый, 2) обвиняемый, 3) подзащитный, 4) оправданный,
- 5) осужденный, 6) заключенный, 7) заключенный камеры смертников,
- 8) казненный, 9) палач

- задание на группировку; тема "*Criminal law*":

Task. Look at the list of crimes in the box, and then look at the categories below. Decide which category each one comes under (some crimes can be listed under more than one category):

- 1) crimes against the person
- 2) crimes against property
- 3) public order offences
- 4) road traffic offences
- 5) political offences
- 6) offences against justice

abuse of office, arson, assassination, assault, battery, bigamy, blackmail, bribery, burglary, conspiracy, contempt of court, corruption, counterfeiting, defamation, drug dealing, drunk driving, embezzlement, espionage, extortion, forgery, fraud, grievous bodily harm, hijacking, hooliganism, kidnapping, larceny, manslaughter, money laundering, mugging, murder, perjury, pick pocketing, piracy, poaching, rape, robbery, sedition, shoplifting, smuggling, tax evasion, terrorism, theft, treason, vandalism

Более подробно представим варианты С-теста (*cloze test*), который является одним из наиболее распространенных способов оценивания знания студентов тематической лексики, их умений читать текст, понимать его содержание и находить нужную информацию. Понятие "*cloze*" впервые было введено специалистами в области педагогической психологии как аналогия психологического Гештальт-концепта "*closure*", означающего способность человека восполнить (с учетом предложенной схемы) недостающие элементы некоего сложного объекта, представленного визуально (фотография, рисунок, скульптура, печатный текст) или посредством передачи звуков. Вот некоторые примеры возможных С-тестов в рамках темы "*Forms of Business Organization*", которую студенты ОИ МГЮА проходят на третьем курсе:

- заполнение пропусков с фиксированным шагом (*gap-filling with fixed-ratio deletion*); здесь: пропущено каждое 6-ое слово:

The primary players in a (1)___ are the shareholders, directors, and (2)___ . Shareholders are the investors in, (3)___ owners of, a corporation. They (4)___ , and sometimes remove, the directors, (5)___ occasionally they must vote on (6)___ corporate transactions or operations. The (7)___ of directors is the top (8)___ body. Directors establish corporate policy (9)___ hire officers, to whom they (10)___ delegate their obligations to administer (11)___ manage the corporation's affairs. Officers (12)___ the day-to-day business affairs and (13)___ the policies the directors establish.

- пропуск слов определенного вида (*gap-filling with rational deletion, variable-ratio method*); здесь: пропущены предлоги и союзы:

The primary players (1)___ a corporation are the shareholders, directors, (2)___ officers. Shareholders are the investors (3)___ , (4)___ owners (5)___ , a corporation. They elect, (6)___ sometimes remove, the directors, (7)___ occasionally they must vote (8)___ specific corporate transactions (9)___ operations. The board (10)___ directors is the top governing body. Directors establish corporate policy (11)___ hire officers, (12)___ whom they usually delegate their obligations to administer and manage the corporation's affairs. Officers run the day-to-day business affairs (13)___ implement the policies the directors establish.

- смешение порядка букв (*intermix of letters*); здесь: необходимо восстановить порядок букв в смысловых глаголах:

The primary players in a corporation are the shareholders, directors, and officers. Shareholders are the investors in, and owners of, a corporation. They **ctele**, and sometimes **vemore**, the directors, and occasionally they must **otve** on specific corporate transactions or operations. The board of directors is the top

governing body. Directors **establish** corporate policy and **hire** officers, to whom they usually **delegate** their obligations to **administrate** and **manage** the corporation's affairs. Officers **run** the day-to-day business affairs and **implement** the policies the directors **establish**.

- пропуск части слова с указанием количества недостающих букв (*partial word reconstruction*):

The primary players in a corporation are the shareholders, directors, and officers. Shareholders are the investors in, and owners of, a corporation. They elect, and sometimes remove, the directors, and occasionally they must vote on specific corporate transactions or operations. The board of directors is the top governing body. Directors establish corporate policy and hire officers, to whom they usually delegate their obligations to administer and manage the corporation's affairs. Officers run the day-to-day business affairs and implement the policies the directors establish.

- часть предложения дана в алфавитном порядке, который нужно восстановить в соответствии с правилами грамматики (*sentence reconstruction*):

The primary players (a corporation, and, are, directors, in, officers, the shareholders). Shareholders elect and (and, corporate, must vote on, occasionally, remove, sometimes, specific, the directors, they, transactions or operations). The board of directors (body, governing, is, the top). Directors establish (and, and manage, corporate policy, hire officers, the corporation's affairs, their obligations, they usually delegate, to administer, to whom). Officers run the day-to-day (and, business affairs, establish, implement, the directors, the policies).

- вариантом C-теста является и вычеркивание лишних языковых единиц, специально вставленных в текст задания (*cloze-elide procedure*); в представленном ниже тексте 7 таких слов:

The primary players instrument in a corporation are the shareholders, directors, and officers. Shareholders are the investors in given, and owners of, a corporation. They elect, and sometimes direction remove, the directors, and occasionally they must vote on specific corporate transactions or operations count. The board of directors is the top deficient governing body. Directors establish corporate policy and hire officers, to whom they in usually delegate their obligations to administer and manage the corporation's affairs. Officers run once the day-to-day business affairs and implement the policies the directors establish.

При этом С-тест может использоваться не только с заданиями на чтение и письмо, но и для измерения способностей воспринимать английскую речь на слух, например:

- иноязычная речь (в монологической или диалогической форме) предъявляется в нормальном темпе при наличии "естественных помех", роль которых выполняют пропущенные слова (*cloze dictation* или *partial dictation*);

- студентам предварительно раздаётся транскрипт того, что им предстоит услышать с пропусками слов или целых фраз, которые не являются однозначно предсказуемыми лишь на основе прочтения текста; пропуски следует заполнять именно теми лексическими единицами, которые были озвучены в ходе аудирования; например:

The primary players in a corporation are (1)____, directors, and (2)____. Shareholders are (3)____. They elect, and sometimes remove, the directors, and occasionally they must (4)____ or operations. The board of directors is the top (5)____. Directors establish (6)____ and hire officers, to whom they usually (7)____ to administer and manage (8)____. Officers run the day-to-day business affairs and (9)____ the directors establish.

- предметом заданий С-теста на аудирование могут выступать грамматические явления, например артикли, предлоги, грамматическое время глаголов, составное сказуемое; в представленном ниже задании студентам,

прослушав текст, нужно восстановить все пропущенные существительные с дифференцирующими служебными словами:

The primary players (1)___ are the shareholders, directors, and officers. Shareholders are (2)___, and (3)___. They elect and sometimes remove (4)___ and occasionally they must vote on specific corporate (5)___. (6)___ is the top governing body. Directors establish corporate policy and hire officers, to whom they usually delegate their obligations to administer and manage (7)___. Officers run (8)___ and implement the policies the directors establish.

Представленные выше виды тестовых заданий акцентируют значение формы и содержания теста, основные требования к конструированию которых сводятся к следующему:

i) требования к форме тестового материала:

- каждое задание должно иметь свой порядковый номер, установленный согласно объективной оценке трудности задания, выбранной стратегии тестирования;
- в начале тестового задания должна быть размещена инструкция;
- все варианты ответов должны быть грамматически согласованы с основной частью задания;
- правильные и неправильные ответы желательно соотносить по содержанию, структуре и примерному количеству слов;
- задания теста должны быть сформулированы четко, кратко и недвусмысленно, чтобы все учащиеся понимали смысл того, что у них спрашивается; вопрос должен содержать одну законченную мысль, а исходные условия задания не должны превышать 10 слов;
- неправильные ответы должны быть разумны, умело подобраны; убедитесь, что различия между вариантами ответов точны; применяйте правдоподобные ошибочные варианты, взятые из опыта;
- не должно быть непреднамеренных подсказок в заданиях и образцах ответа; из текста задания необходимо исключить все вербальные

ассоциации, способствующие выбору правильного ответа с помощью догадки;

- не должно быть взаимосвязанных заданий, где содержание одного задания подсказывает ответ на другое задание;

- не должно быть повторения или явной логики в нумерации правильных ответов; частота выбора одного и того же номера/буквы правильного ответа в любом тестовом задании должна быть приблизительно одинакова (либо номер/буква правильного ответа выбирается в случайном порядке);

ii) требования к содержанию тестовых заданий:

- содержание задания должно отвечать требованиям стандарта дисциплины и отражать содержание обучения иностранному языку;

- тест должен быть снабжен упрощенной и унифицированной процедурой оценивания полученных результатов;

- необходимо соблюдать принцип взаимосвязи содержания и формы тестового материала;

- содержание задания должно соответствовать требованиям аутентичности языкового материала (*authenticity*), очевидной обоснованности (*validity*) для тестируемых; оно должно обеспечивать достоверную оценку измеряемого качества или свойства (*reliability*).

Последнее из перечисленных выше требований требует более детального рассмотрения.

Аутентичность (*authenticity*) тестового материала по дисциплине "Английский язык" достигается следующим образом:

- язык, используемый в заданиях теста, по возможности следует приближать к естественному языковому материалу;

- языковые единицы желательно представлять не изолированно, а в контексте; желательно добиваться определенной тематической связанности языковых единиц, например, за счет сохранения фабулы рассказа или предоставления целого отрывка из него;

- проблематику текстов следует отбирать исходя из принципов актуальности, релевантности и значимости для студентов; задания прямо или косвенно должны быть связаны с проблемами, которые приходится решать в реальной жизни.

Достоверность тестовой процедуры (*reliability*) связана с ответом на вопрос: будут ли получены такие же результаты при повторном тестировании или другим экспертом-оценщиком? Достоверность, таким образом, связана с постоянством проявления студентами измеряемых качеств и свойств, а так же с постоянством в их оценке, что можно назвать воспроизводимостью (*replicability*) и сопоставимостью (*comparability*). На достоверность теста непосредственно влияют:

- содержательная репрезентативность (максимально возможный охват программы);
- репрезентативность контингента (тест должен выполняться как сильными, так и слабыми студентами);
- количество заданий (чем больше заданий, тем надежнее тест);
- трудность заданий (*facility value*); предполагаемый на выходе процент правильных ответов – менее 80%, так как трудный тест считается более надежным;
- стабильность, или стандартность внешних условий тестирования (времени, устных инструкций, мотивов и оценок).

Способами определения достоверности теста могут выступать:

- проведение одного и того же теста с перерывом в несколько дней (*test-retest procedure*);
- если возможно лишь однократное проведение теста, то тогда подборку выполненных заданий делят пополам, обрабатывают отдельно и просчитывают взаимосвязь результатов или же задания делятся по принципу 50 на 50 и каждая из частей теста проводится в различные дни (*split-half procedure*);

- использование альтернативных форм для сравнения получаемых результатов (*alternate, equivalent or parallel forms*)

- использование метода субъективных оценок (сопоставление бланков с оценками, заполненных независимыми экспертами (*independent review*)³).

Обоснованность или валидность теста (*validity*) призвана ответить на вопрос: действительно ли применяемая процедура позволяет измерить то качество, которое мы хотим оценить? Для определения валидности используются различные критерии. В зависимости от вида критерия различают четыре основных аспекта валидности:

- внешняя (очевидная) валидность (*face validity*) – доверительное восприятие учащимися тестовых заданий как инструмента по оценке именно того, что заявлено в виде целей тестирования; внешняя валидность теста предопределяется следующими качествами: ожидаемый формат теста с логично выстроенными заданиями; задание вполне выполнимо в отведенный на это период времени; языковые единицы однозначны и не вызывают особых осложнений; установки по выполнению теста понятны; задания отражают проблематику изученных тем; уровень сложности заданий является обоснованным;

- конструктивная валидность (*construct validity*) - оценка степени соответствия заданий тестирования различным компонентам измеряемого и оцениваемого качества или свойства, соотносимым с "конструктами" - производными, недоступными для непосредственного наблюдения, латентными, относительно долговременными, комплексными признаками, которые оказывают влияние на наше поведение; так тестирование навыков чтения как "конструкта" может включать оценку не только чтения вслух, но и степени понимания прочитанного, точности воспроизведения и эмоционального отношения к чтению;

- содержательная валидность (*content validity*) – степень целостности учета различных аспектов измеряемого качества или свойства;

содержательная валидность отражает экспертное мнение о соответствии заданий теста содержанию предметной сферы, в рамках которой проводится тестирование;

- критериальная валидность (*criterion-related validity*) можно рассматривать, с одной стороны, как валидность по соответствию с результатами других измерений (*concurrent validity*), а с другой стороны, как прогностическую валидность (*predicative validity*), позволяющую предугадывать определенные последствия отнесения результатов теста к той или иной группе или уровню⁴.

Форма и содержание теста являются его материальной характеристикой, однако педагогу-практику наряду с материальной важно учитывать и процессуальную составляющую тестирования.

При всём разнообразии тестов, применяемых в обучении иностранному языку, следует признать, что логика организации и проведения тестового контроля предполагает соблюдение наиболее общих постулатов, обосновывающих необходимость самой процедуры и правомерности её средств и форм. Среди прочего, изначально необходимо ответить на следующие вопросы: На каких этапах учебного процесса уместно проводить тестирование, а на каких нет? Что является достаточным показателем оцениваемого качества? Какие изменения возможны в ситуациях, когда цели и интересы разработчиков теста, применяющих его педагогов и тех, кто проходит тестирование, существенно различаются? Какие существуют меры предосторожности, позволяющие снять риск чрезмерного увлечения тестированием или неадекватного, предвзятого оценивания? Отвечают ли методики и процедура тестирования изначально интересам студентов?⁵

При этом важно помнить, что при прохождении тестирования студенты наделены правами, которые в обобщенном виде представлены в виртуальном "Билле о правах испытуемых" (*Assessment Bill of Rights*), и среди них такие права как:

i) право на целесообразные (занимательные, обучающие, связанные с реальной практикой) интеллектуальные задания;

ii) право на понятные, объективные, официально озвученные и последовательно применяемые критерии оценки полученных результатов, а также на доступные примеры выполненных работ, оцененных на высшие баллы, которые бы иллюстрировали требуемые стандарты выполнения и оформления тестовых заданий;

iii) право на максимально возможную открытость информации о процедуре тестирования и оценивания результатов;

iv) право на создание благоприятных условий для предварительной подготовки к максимально успешному выполнению заданий теста;

v) право на разнообразные и дифференцированные задания, позволяющие продемонстрировать и документально подтвердить свои достижения; право на наличие вариативной части, которая позволит студентам проявить свои наиболее выигрышные характеристики;

vi) право на самостоятельность, на позитивное отношение со стороны преподавателя и на доступную процедуру оспаривания полученных результатов или несогласия с условиями тестирования без опасения подвергнуться наказанию;

vii) право на обратную связь, предоставляющую студентам необходимую информацию об их преимуществах и недостатках, а также достоверную оценку их долгосрочных успехов относительно требований, предъявляемых по окончании полного курса обучения;

viii) право на понятную систему подсчета баллов и выставления отметок, которая способна повышать мотивацию студентов и позволяет им отслеживать свои достижения в учебе относительно тех требований, которые предъявляются к выпускникам, а также относительно иных универсальных стандартов.⁶

Перечисленные выше исходные установки ориентируют на выполнение следующих наиболее общих требований к процедуре проведения тестового контроля:

- тестирование следует планировать и проводить таким образом, чтобы процедура позволила создать наиболее благоприятные условия для студентов и минимизировать возможные негативные последствия оценивания;
- следует стремиться к относительной простоте в организации тестирования, ориентируясь на разумные временные рамки выполнения теста и на адекватные материальные затраты на его проведение;
- тестирование необходимо проводить на основе принципа справедливости по отношению ко всем участвующим;
- время, отводимое на выполнение теста должно соответствовать уровню сложности каждого из заданий теста и его объему;
- проведение тестирования и подведение его итогов должно проходить в соответствии с разработанными инструкциями и ключом;
- следует внимательно относиться к мотивационной составляющей процедуры измерения и оценивания в учебном процессе; необходимо поощрять и развивать само- и взаимооценку студентов;
- необходимо предоставить студентам все необходимые тестовые материалы, а также предусмотреть всю совокупность обстоятельств, которые косвенно могут отразиться на результатах теста ⁷.

Всё это предполагает оказание помощи студентам при прохождении тестирования на трех его этапах:

- а) до проведения теста – подготовительный этап:
 - і) объясните студентам цель проводимого теста, основные темы, которые он охватывает, охарактеризуйте виды предлагаемых заданий, определите круг требуемых знаний и умений, предупредите о продолжительности теста;

ii) поясните студентам систему оценивания результатов, то есть: что, как и почему будет оцениваться в тесте;

iii) побудите студентов повторить нужный материал, например: просмотреть определенные страницы в учебнике, обратиться к записям в рабочей тетради, восстановить основные положения по теме, выписать примеры;

iv) если возможно, предварительно дайте упражнения и тренировочные задания по типу тех, которые будут в тесте; продемонстрируйте образцы выполнения заданий и поясните их исходя из заданий теста;

v) планомерно совершенствуйте 15 необходимых умений и навыков (*access skills*), позволяющих студенту успешно проходить тестирование: умение визуально воспринимать информацию (*seeing*); слушание (*listening*); чтение (*reading*); концентрация внимания (*attending*); своевременная обработка информации (*processing information in a timely manner*); запоминание (*remembering*); изложение на письме (*writing*); правописание (*spelling*) выполнение указаний (*following directions*); определение местоположения заданий теста (*locating test items*); определение места, отведённого под ответ (*locating answer spaces*); выполнение действий на протяжении длительного периода времени (*working for a sustained period of time*); способность длительное время находится на одном месте (*sitting quietly*); полное удаление (стирание) лишних записей в листе ответа (*erasing completely*); самостоятельная работа, автономность (*working alone*);⁸

б) в ходе тестирования – этап выполнения заданий:

i) после того, как розданы тестовые материалы, попросите студентов кратко ознакомиться с заданиями и соотнести выполнение различных частей теста с выделенным на выполнение всего теста временем;

ii) создайте условия, в которых студенты смогут максимально сконцентрироваться на выполнении заданий;

iii) за несколько минут до окончания теста предупредите студентов об его окончании, чтобы позволить студентам проверить свои ответы и выявить те ошибки, которые возникли из-за невнимательности;

в) после теста – этап "обратной связи" и последствия:

i) обработав результаты теста, сообщите студентам обобщенную информацию о том, с чем все студенты справились успешно, о том, что вызвало основные затруднения, а также о возможных причинах этих затруднений; создавайте условия, в которых студенты смогут эффективно использовать информацию о результатах теста для выявления имеющихся у них пробелов и недостатков в освоении темы;

ii) поощряйте вопросы студентов по содержанию теста и по допущенным студентами ошибкам и неточностям;

iii) научите студентов внимательно относиться к предоставляемому вами анализу и комментированию результатов теста;

iv) ориентируйте студентов обращать особое внимание на те аспекты, которые вызвали у них наибольшие затруднения;

v) на последующем занятии запланируйте корректирующие упражнения с учетом неточностей и ошибок, допущенных при выполнении заданий теста.

Завершающим этапом процедуры тестирования выступает обработка и интерпретация результатов, целью которого является: 1) получение средних данных о группе, которые характеризуют эффективность (успешность) обучения и обученность студентов данной группы, и 2) получение данных о результатах каждого студента, которые дают представление о внутригрупповых различиях в обученности. Содержание этого этапа предопределяется задействованной системой критериев и алгоритмов оценки полученных результатов.

Для примера рассмотрим наиболее общие требования к оценке и интерпретации результатов тестирования по таким видам деятельности, как письмо и устное сообщение на иностранном языке. Так к универсальным

диагностическим критериям оценивания письменной речи (Knoch, 2007)⁹ относятся:

- безошибочность (*accuracy*): относительное количество предложений свободных от ошибок (*percentage error-free t-units*);

- гибкость владения языковым материалом (*fluency*): количество исправлений, сделанных тестируемым самостоятельно (фиксируются перечеркнутые или вымаранные слова) (*cross-outs*);

- степень сложности (*complexity*): количество слов из так называемого "Списка слов, используемых в образовательных текстах на английском языке" (*Academic Word List* или *AWL*)¹⁰, в который входят 570 групп этимологически родственных слов, объединенных в 10 подразделов по частотности их применения;

- стилевое форматирование (*style*): количество использованных средств уточнения и смягчения высказывания или ухода от прямого и однозначного утверждения (*hedging devices*); эти средства напрямую связаны с восприятием характеристик качества, количества, значимости, вкуса и образа действия; примерами подобных средств являются условные предложения, конструкции с пассивным залогом, безличные предложения, а также модальные глаголы (*can, may, ought (to), must, could, might, shall, should, will, would*), некоторые полнозначные глаголы (например: *think, believe, seem*), фразеологические единицы (например: *to some/a certain extent*), некоторые наречия (например: *perhaps, presumably, probably*), существительные (например: *probability, possibility*), прилагательные (например: *probable, possible*);

- структурированное расположение текста (*paragraphing*): соответствие 5-ти составному классическому расположению частей сочинения (*five paragraph model*), которое ориентирует на наличие вводной части (*introductory paragraph*), трех утверждений с поясняющими аргументами (*three body paragraphs*) и заключительной части (*conclusion paragraph*);

- информационное наполнение (*content*): общее количество заявленных идей и подтверждающих эти идеи размышлений и догадок;
- связанность текста (*cohesion*): характер задействованных средств "сцепления" предложений и частей текста; количество анафорических местоимений "*this/these*", выступающих в роли ритмических конструкций в начале следующих друг за другом фраз;
- логическая стройность (*coherence*) с позиции тематического структурного анализа (*topical structure analysis*), то есть интерпретация отдельного предложения соотносительно с интерпретацией всего текста, полнота отражения темы (*topical depth*), а также различие "темы", то есть предмета описания (*theme* или *topic*), и "ремы" – того нового, о чем сообщается в предложении (*rheme* или *comment*), а также выявление элементов перехода от темы к реме (например: последовательность с общей темой (*parallel progression*), последовательный переход ремы в тему (*sequential progression*) или сочетание двух этих переходов (*extended parallel progression*).

Что касается оценки и интерпретации результатов тестирования устной речи, то наряду с такими критериями как гибкость владения языковым материалом, степень сложности, логическая стройность, информационное наполнение и связанность текста, здесь применяются следующие критерии:

- точность (*exactness*) - критерий, связанный с грамматической правильностью речи и с оценкой умения говорящего осуществлять постоянный контроль высказывания даже в тех случаях, когда внимание направлено на планирование дальнейших высказываний, на реакцию собеседников;
- произношение (*pronunciation*) - критерий, отражающий правильность ударения в словах, а также адекватность интонационного выражения своих мыслей или отношения к ситуации;

- управление речью (*coordination*) - критерий, оценивающий умение принимать участие в разговоре, вступая в нужный момент, ссылаясь на ранее обсуждаемую или известную информацию, сохранять позицию говорящего за собой, уметь использовать невербальные и интонационные сигналы;
- соответствие ситуации общения (*sensitivity to illocution*)
- риторические приёмы (*rhetorical organization*),
- схема взаимодействия (*interaction patterns*) и навыки взаимодействия (*interaction skills*),
- адекватность решения коммуникативной задачи (*efficiency*).

Представленная на Рис. 1 модель тестирования устной речи, отражает совокупность обстоятельств, от которых зависит балл испытуемого; здесь и используемые критерии оценки, и непосредственно способности самого испытуемого продемонстрировать оцениваемые качества, а также квалификация эксперта-оценщика и лиц, участвующих в организации теста, и характеристика задействованных образцов речевого сообщения и степень трудности предъявляемых заданий. Взаимовлияние всех этих аспектов, обусловленное контекстом, и предопределяет результат теста в виде количества полученных баллов. А, следовательно, учет этих аспектов позволяет добиваться оптимизации тестирования как такового и процедуры обработки результатов в частности.

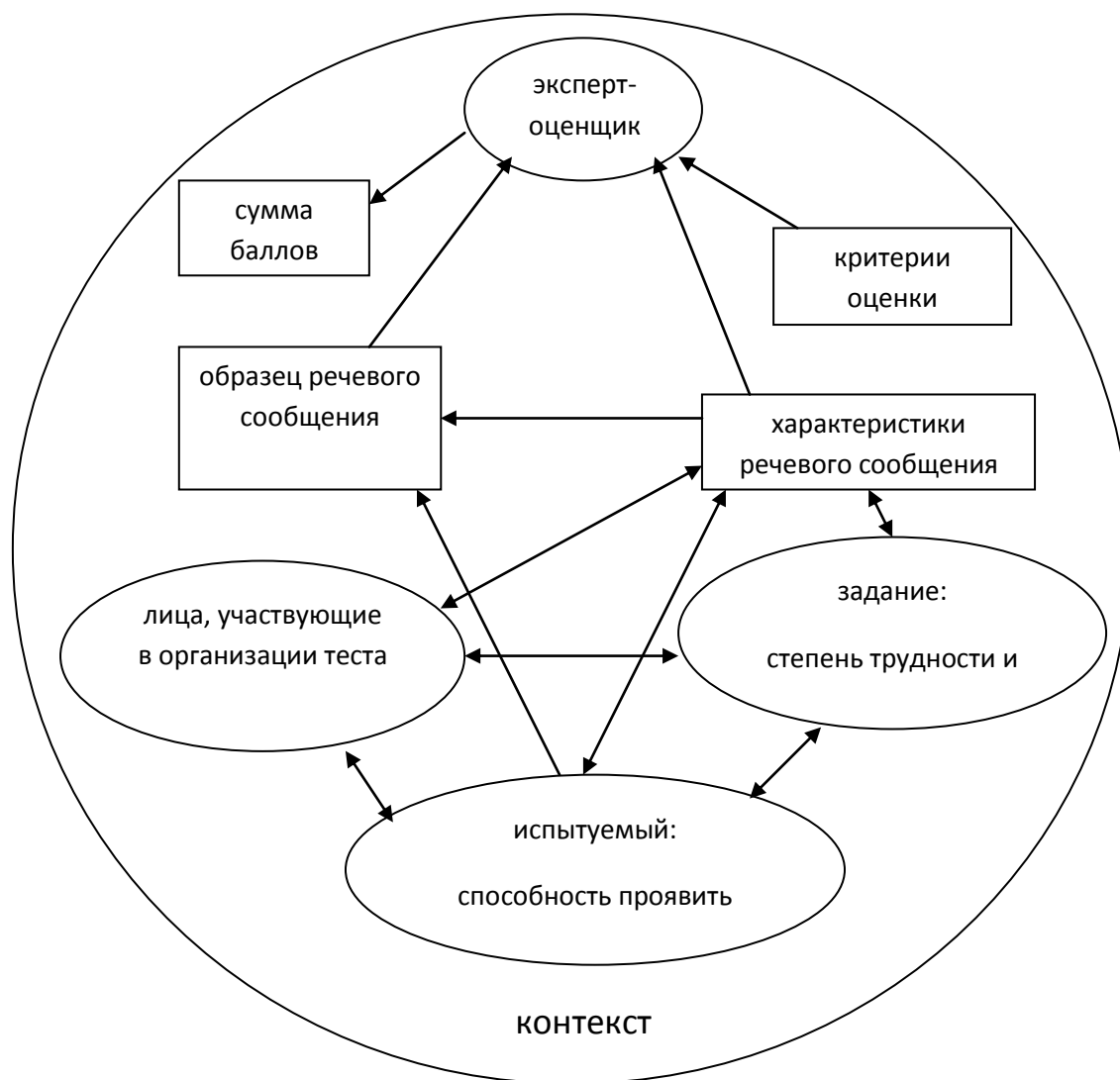


Рис. 1. Модель тестирования устной речи (Bohman, 2001).¹¹

Более того, следует учитывать и то обстоятельство, что и сами организаторы теста своим поведением в ходе тестирования могут влиять на результаты теста, проявляя уважение или неуважение к испытуемым. Так, например, положительное отношение проявляется, если педагог предварительно сообщает о цели и методике проведения теста; а неожиданные задания, формы или процедура тестирования порождают у студентов беспокойство и раздражение. Уважительным будет предоставить испытуемому возможность обосновать свой вариант ответа, если он будет отличаться от имеющегося ключа. Если же подобной возможности не

предоставляется, то тем самым лишь подтверждается сам факт, что для эксперта является несущественным, почему студент ответил или действовал иначе, чем предписано ключом. Уважение проявляется и в том, насколько своевременно, точно и полно студент получает обратную информацию от эксперта относительно успешности прохождения теста. А, следовательно, следует избегать ситуации, когда процедура тестирования оканчивается простой констатацией "набранных баллов" через тот период времени, который по той или иной причине удобен самому преподавателю. Уважительно предоставлять студентам достаточное количество тренировочных заданий для улучшения своих показателей, для овладения навыками работы с различными типами тестов и заданий к ним. А практика однократного тестирования, проводимого в режиме "как снег на голову", нарушает саму логику обучения "образец – упражнение - обратная связь - совершенствование".

Несмотря на определенные преимущества, которыми обладает тестирование (наличие единообразных требований для всех испытуемых, технологичность тестовых методов, объективность оценки, точность измерений, совместимость с другими современными образовательными технологиями), следует учитывать и то обстоятельство, что в определенных условиях желательно отказаться от тестовых форм контроля. К таковым можно отнести¹²:

- искомая в ходе тестирования информация уже была получена ранее или её можно получить с меньшими издержками за счет применения других методик;
- преподавателю непонятна или неизвестна цель проведения тестирования;
- преподаватель не владеет необходимыми знаниями о процедуре проведения теста и о требованиях по оформлению тестовой документации;
- нет компетентного обоснования достоверности и обоснованности применяемой суммы тестовых оценок;

- преподаватель не может обеспечить защиту от нежелательного разглашения результатов тестирования или же не знает, как и кем будут использоваться эти результаты;

- условия и сопутствующие обстоятельства не соответствуют требованиям проведения тестирования;

- формат и материалы теста не соответствуют индивидуальным особенностям испытуемых (например: возрасту, жизненному опыту, фоновым знаниям и т.п.);

- условия и правила проведения теста не соответствуют современным требованиям, являются некомпетентными или непригодны в отношении к данной группе студентов;

- студент подвергается определенной опасности из-за участия в процедуре тестирования;

- студент не желает или не способен проходить через подобную процедуру.

Если же решение проводить тестирование все-таки принято, то преподавателю следует признать, что тестирование как таковое имеет ряд недостатков, среди которых:

- данные, получаемые в результате тестирования, хотя и включают в себя информацию о пробелах в знаниях по конкретным разделам, но не позволяют судить о причинах этих пробелов;

- обеспечение объективности и справедливости теста требует принятия специальных мер по обеспечению конфиденциальности тестовых заданий; при повторном применении теста желательно внести изменения в задания или в их очередность;

- в тестировании присутствует элемент случайности (например, студент, не ответивший на простой вопрос, может дать правильный ответ на более сложный; причиной тому может быть как случайная ошибка в первом вопросе, так и угадывание ответа во втором); это искажает результаты теста

и приводит к необходимости учета вероятностной составляющей при их анализе;

- тест не позволяет проверять и оценивать высокие, продуктивные уровни знаний, связанные с творчеством, то есть вероятностные, абстрактные и методологические знания;¹³

- чрезмерное увлечение тестированием в ущерб другим методикам измерения и оценивания никогда не бывает в интересах испытуемых, поскольку тест по своей природе обращен к некоему "другому", и прямой или косвенной задачей тестирования является ранжирование студентов, при этом сама технология тестирования по определению является механистичной и лишена субъективных компонентов;

- одним из побочных эффектов повсеместного применения тестовых методик является риск произвола со стороны преподавателей: "К сожалению, слишком многие управленцы и учителя-практики пренебрегают необходимостью учета определенных ограничений и проведения специальных процедур, прежде чем применять тот или иной тест в учебном процессе. Их прельщает, прежде всего, внешняя простота, относительная дешевизна тестовых методик и объективность их результатов. Однако цена, которую приходится платить нашим учебным заведениям и учащимся за слепое увлечение стандартизированными тестами, слишком высока".¹⁴

Описание тестовой методики как средства измерения и оценки эффективности учебного процесса будет логично дополнить краткой характеристикой других методик сбора информации и способов контроля в процессе обучения иностранным языкам в вузе. К таковым, прежде всего, относятся:

- устный и письменный перевод (*rendering*): перевод отдельных фраз или высказываний по теме; литературный перевод отрывка из художественного текста; перевод отрывка из текста по специальности;

- описание фотографий, схем, таблиц, рисунков (*describing*);

- диктант (*writing to dictation*);

- составление аннотации к статье в периодическом издании, к прочитанному или прослушанному тематическому тексту, к просмотренному художественному или документальному фильму (*annotating*);
- самостоятельное завершение высказывания или фразы (*simple completion*);
- решение и составление кроссвордов (*solving cross-words and puzzles*);
- сочинение-рассуждение на заданную тему (*essay writing*);
- изложение, выполняемое в аудитории (*exposition*);
- выступление на заданную тему с последующим обсуждением (*declamation and colloquy*);
- метод анализа конкретных ситуаций (*case study method*);
- учебные проекты (*projects*) и их презентация (*presentation*);
- экскурсионное занятие или заочное путешествие (*imaginary guided tour*);
- ролевая игра (*role playing*);
- консультации и собеседование (*conference or interview*);
- создание портфолио (*portfolio*);
- ведение студентом личного журнала (*journal*);
- наблюдение (*observation*);
- само- и взаимооценка (*peer- and self-assessment*).

Подводя итог всему, что изложено в данной статье, можно констатировать, что:

1. Представляя собой стандартизированную методику измерения индивидуальных характеристик деятельности испытуемого в определенной предметной области, тест является лишь одним из педагогических средств оценивания, наряду с такими средствами как наблюдение, мнение экспертов, анализ результатов деятельности, учебные проекты и их презентация, ролевая игра, собеседование и консультация, само- и взаимооценка. Основное предназначение подобных методик – в выявлении сильных сторон

учебного процесса и в определении путей дальнейшего совершенствования образовательных программ и процесса обучения.

2. В практике обучения иностранному языку используются вариативные тестовые методики, различающиеся по целевым, функциональным, содержательным и формальным признакам. При всём многообразии этих методик общим является то, что:

- тест представляет собой некий набор тестовых заданий, каждое из которых включает в себя: описание ситуации и характеристику типа задачи, инструкцию по выполнению, текст или основу;

- процедура тестирования вбирает в себя три основных этапа: подготовительный (до проведения теста), этап выполнения заданий (в ходе тестирования), этап интерпретации полученных результатов и последствия (после теста);

- при создании или выборе тестовой методики преподавателю необходимо соблюдать целый ряд исходных требований к форме тестового материала, к содержанию тестовых заданий, к конструированию условий проведения теста, к процедуре обработки и критериям оценки и интерпретации полученных результатов.

¹ Wiggins, Grant P. *Assessing Student Performance: Exploring the Purpose and Limits of Testing.* - San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1993.- p. 13.

² Brown, Douglas H. *Language Assessment: Principles and Classroom Practice.* - Longman, 2003.- p. 16.

³ Gipps, Caroline V. *Beyond Testing: Towards a Theory of Educational Assessment.* - London: The Falmer Press, 1994.- p. 67.

⁴ Boyle, James. *Educational Testing: A Competence-Based Approach.* - BPS Blackwell, 2007.- p. 65.

⁵ Wiggins, Grant P. *Assessing Student Performance: Exploring the Purpose and Limits of Testing.* - San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1993.- p. 6.

⁶ Wiggins, Grant P. *Assessing Student Performance: Exploring the Purpose and Limits of Testing.* - San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1993.- p. 28.

⁷ Wiggins, Grant P. *Assessing Student Performance: Exploring the Purpose and Limits of Testing.* - San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1993.- p. 26.

⁸ Kopriva, Rebecca J. *Improving Testing for English Language Learners.* - New York: Routledge, 2008.- p. 242.

⁹ *Language Testing Journal*, 2009; 26;161.- <http://www.sagepublications.com>.- p. 280.

¹⁰ см. http://simple.wiktionary.org/wiki/Wiktionary:Academic_word_list

¹¹ *Language Testing Journal*, 2009; 26;161.- <http://www.sagepublications.com>.- p. 163.

¹² Boyle, James. *Educational Testing: A Competence-Based Approach.* - BPS Blackwell, 2007.- p. 128.

¹³ <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/325852>

¹⁴ Brown, Douglas H. *Language Assessment: Principles and Classroom Practice.* - Longman, 2003.- p. 113.

ОШИБКИ ПЕРЕВОДА В ПРАВОВОЙ СФЕРЕ И СПОСОБЫ ИХ ПРЕОДОЛЕНИЯ

ХАЛЮШЕВА Г.Р.,

доцент кафедры иностранных языков,

Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,

460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,

тел. 8 (3532)72-22-77,

post@oimsla.edu.ru

Ключевые слова: трудности перевода; студенты-юристы; ошибки перевода; идиоматические выражения; диалекты; технический язык; юридический английский язык; языки жестов; билингвизм; сбалансированный билингвизм; сфера использования языка; культура; культурные различия; ошибки, вызванные различиями правовых систем.

Статья посвящена трудностям перевода в юридической сфере. Автор показывает, каким образом понимание природы языка и культурных различий может повлиять на правильность перевода. В статье подчеркивается необходимость формирования у студентов четкого представления и навыков правильного перевода с учетом понимания целей перевода и роли переводчика, механизмов овладения языком, культурных различий, проявляющихся в языке, а также умений и навыков, необходимых для построения профессиональных отношений с клиентом.

Key words: problems of translation and interpretation; law students; interpretation error; idiomatic expressions; dialects; technical language; legal language; sign languages; bilingualism; balanced bilingualism; domain of language; culture; cultural differences; miscommunication; client's prior legal system.

The article is devoted to the problems of translation and interpretation in the legal sphere. The author shows why an understanding of the nature of language and the role of culture in communication is necessary for an accurate conveyance of meaning. The article highlights the importance of teaching law students about why they need to acquire an understanding of the complexity of language, the process of language acquisition, the cultural differences expressed through languages, as well as the role of the interpreter and skills necessary to interpret successfully in order to communicate respectfully and accurately with a client.

Правовые отношения – одна из сфер нашей жизни, в которой нередко приходится прибегать к переводу с одного языка на другой. Излишне говорить о том, что именно в данной области человеческой деятельности переводческие погрешности и ошибки могут иметь наиболее серьезные последствия.

В статье, посвященной седьмой ежегодной Чикагской конференции по проблемам перевода, Чикаго Трибьюн цитирует слова Вики Фьюнз-Торрес (Vicky Funes-Torres), судебного репортера, по мнению которой, переводческие ошибки влияют на исход очень многих судебных слушаний [5]. Она описывает случай, когда человек подписал признание в убийстве после того, как раздел о его правах в правилах по делу Миранды – «If you do not have an attorney, we will furnish one for you» («Если у Вас нет адвоката, мы Вам его предоставим») - был неверно переведен как «если у Вас нет адвоката, мы предложим Вам мебель» (в данном случае ошибка перевода вытекает из многозначности глагола “to furnish” в английском языке, в различных контекстах могущего иметь как значение «предоставлять», так и «меблировать»).

В своей статье о трудностях перевода Линда Фридман Рамирез и Лесли Кэй (Linda Friedman Ramirez and Leslie Kay), юристы,

специализирующиеся на работе с испаноговорящими клиентами, утверждают, что переводческие погрешности неизбежны [9]. Они возникают в результате: 1) дословного перевода – когда переводчик сосредоточен не на самой идее, а скорее на ее словарном оформлении; 2) плохого знания языка, мешающего понять тонкие нюансы значения, его контекстуальные вариации, различия стилей речи, которые могут звучать в зале суда; 3) грамматических ошибок; 4) ошибок, вызванных погрешностями памяти; 5) неспособности переводчика восстановить значение междометий, прерванных или неполных предложений, характерных для живой речи и 6) опущения деталей, попыток обобщить высказывания свидетелей [9,12].

При обучении будущих юристов переводу в сфере профессиональной коммуникации особое внимание следует уделять изучению способов перевода тех языковых явлений, которые представляют наибольшую трудность при устном или письменном переводе с английского языка – идиоматических выражений, различных диалектов, региональных различий в языке и технических терминов.

Чтобы ярче проиллюстрировать проблемы, возникающие при переводе, прибегнем к следующему примеру: поговорим о смене названий художественных фильмов в зарубежном прокате. Американский фильм «How to Make An American Quilt» шел в России под названием «Лоскутное одеяло»; «Английский пациент» (the English Patient) демонстрировался в Гонконге под названием «Не спрашивай меня, кто я»; «The Professional» известен нам под названием «Леон», а «As Good As It Gets» - как «Лучше не получится». В частности, вариантов названия последнего в российском прокате было несколько, как раз из-за невозможности подобрать в русском языке абсолютный, при этом столь же емкий и компактный аналог этого идиоматического выражения из американского английского языка.

По словам профессионалов сферы кинобизнеса, существует множество причин для смены названия фильма – от продиктованных соображениями более точной передачи смысла до тех, что обусловлены

исключительно интересами рынка [11]. Иногда название фильма содержит в себе ссылку на «что-то, что неизвестно жителям других стран», или же какую-либо идиому, которую попросту невозможно перевести на другой язык [11].

Итак, «as good as it gets» - это идиоматическое выражение. Идиоматическими выражениями принято называть фразы, о значении которых трудно догадаться, рассматривая значения отдельных слов, из которых они состоят [3]. Американский английский, как и многие другие языки, изобилует идиомами - "The job only took two hours; it was a piece of cake («a piece of cake» - «пара пустяков, плевое дело»).... It was just a plain vanilla sort of house («обычный, неприметный»).... The police were there in a flash" («in a flash» - «в мгновение ока»). Очень важно довести до студентов, что идиоматические выражения нужно переводить, но не дословно. Возможно, в особых ситуациях, когда точность перевода особенно важна, следует стараться избегать употребления сложных для перевода идиоматических выражений.

Следующим серьезным препятствием при переводе иноязычной речи могут стать диалектизмы.

В Большой Советской Энциклопедии диалектизмы определяются как характерные для территориальных диалектов языковые особенности, вкрапливаемые в литературную речь [18]. Диалектизмы выделяются в потоке литературной речи как отступления от нормы.

Различаются диалектизмы фонетические: например, цоканье, т. е. произношение «доцка», «ноць»; яканье: «пятух», «ряка», «сястра»; «х» вместо «г» на конце слова: «снех», «друх», «врах» и другие. Некоторые диалектные фонетические особенности могут быть отражены в орфографии. Рассмотрим примеры, попавшие в английский из Норфолкского диалекта: bin (been), hev (have).

Лексические диалектизмы могут быть нескольких типов: 1) слова, называющие предметы, явления, характерные для быта, хозяйства данной

местности и не имеющие параллелей в литературном языке: «понёва» — разновидность юбки, «туёс» — сосуд из бересты. Например, в канадском варианте английского языка есть следующие диалектизмы: *housecoat* (*dressing gown*), *parvel* (фартук рыбака), *linny* (сарай), *clumper* (небольшая долина), *arut* (улов рыбы, уместающийся в лодке), *do-less* (лентяй), *fogearer* (солнце). 2) Слова-синонимы, соответствующие литературным: «кочет» — «петух», «дюже» — «очень»; слова, имеющие иное, чем в литературном языке, значение: «худой» — «плохой», «погода» — «ненастье».

Диалектизмы могут встречаться в речи лиц, не вполне овладевших нормами литературного языка.

Говорящие на различных диалектах люди, безусловно, могут понять друг друга, однако, сложность перевода территориальных языковых особенностей заключается в том, что одно и то же слово или даже фраза в различных диалектах может означать совершенно разные понятия. Так, например, на испанском языке говорят в более чем 21 стране, при этом имеются существенные различия в диалектах. И если на Кубе слово «*guagua*» означает «автобус», то в Пуэрто-Рико это — «малышка»; «*alrása*» в Мексике означает «мельхиор», а в Южной Америке так называют животное, похожее на ламу [13].

Совершенно очевидно, что в правовой сфере выбор неточного или неверного соответствия при переводе может привести к неприятным последствиям.

Анжела Маккэффри (*Angela McCaffrey*) приводит несколько таких примеров [12].

В частности, она описывает случай, произошедший с мексиканским фермером, который обратился за получением компенсации за травму спины. Переводчик из Сальвадора перевел слово «*cintura*» как «поясница», вместо того, чтобы употребить выражение «нижний отдел спины», которое и подразумевалось фермером, говорившем на мексиканском диалекте. В ходе беседы с судьей человек отрицал получение какой-либо иной травмы, кроме

повреждения спины, на котором он настаивал. Ему было отказано в получении компенсации, поскольку судья счел его показания непоследовательными [12, 13].

Еще один случай описывается Майклом Шульманом (Michael B. Shulman): «*Hombre, ni tengo diez kilos!*». После произнесения этих слов в ответ на вопрос о денежном кредите кубинцу были выдвинуты обвинения в хранении и распространении наркотиков! Принимая во внимание ситуацию общения и диалект говорящего, его слова следовало бы правильно перевести как: «Да ты что, у меня нет и десяти центов!» Однако в суде это было ошибочно переведено как: «Да ты что, у меня нет и десяти килограммов!» Неправильный перевод всего лишь одного слова «kilos» привел к ошибочному приговору. К счастью, в данном конкретном случае ошибка была выявлена, и решение было пересмотрено [14].

Исправление другой ошибки перевода такого диалектизма заняло четыре года. Молодому человеку из Мексики было выдвинуто обвинение в убийстве в штате Орегон, США. Для него и еще нескольких свидетелей по делу были приглашены переводчики с испанского, не учитывая тот факт, что родным языком для обвиняемого был миштецкий (Mixtec. Миштецкие языки — группа языков в составе ото-мангской семьи. Распространена в Мексике. Общее число носителей — около 550000 человек. Включает языки трике, число носителей около 24500; куикатек, число носителей около 15000; а также диалектный континуум, известный как собственно миштецкий язык, числом носителей около 511000. Иногда существует терминологическая путаница: понятие «миштецкие языки» применяют к диалектному континууму миштецкого языка) [19]. Совершенно необоснованно было решено, что если обвиняемый из Мексики, он должен прекрасно говорить по-испански. Переводчица с испанского предупредила судью, что не понимает миштецкие слова и выражения. Тем не менее, судья не стал приглашать переводчика с миштецкого. Человек провел четыре года в тюрьме, пока вердикт не был отменен [10].

При работе со студентами крайне важно акцентировать их внимание на диалектных и региональных различиях в языке, чтобы в дальнейшем они могли избежать ошибок при переводе.

Такие языковые различия имеются и в языках, на которых общаются немые и слабослышащие люди.

Например, американский язык жестов (American Sign Language / ASL) совершенно отличен от английского, он развивается, изменяется со временем и имеет свои региональные особенности [15].

Кроме того, существует множество разных способов общения для людей с нарушениями слуха. Так, например, гибридный английский язык жестов (Pidgin Sign English / PSE) является вариацией американского языка жестов и английского в том плане, что общающиеся на нем люди используют порядок слов, принятый в английском языке, соединяя ASL с различными идиоматическими выражениями, распространенными в английском языке [15].

В других частях света развивались другие языки жестов. Американский язык жестов, французский язык жестов, шведский или китайский языки жестов – это лишь немногие примеры различных языковых систем, используемых людьми в разных географических точках. Американский язык жестов также применяется в некоторых районах Канады и Мексики, и в ряде других мест. Слабослышащие люди в Пуэрто-Рико, например, общаются на языке, возникшем из американского языка жестов всего лишь 70-75 лет назад, они все еще понимают людей, общающихся на ASL [15].

Каждый из этих языков жестов имеет свою специфическую лексику, свой характерный набор движений, не связанных с руками (выражения лица, телодвижения) и традиционные грамматические конструкции. Поэтому, общаясь в ходе судебного разбирательства со слабослышащим человеком, также необходимо четко представлять себе, на какой именно разновидности языка жестов он общается.

Для получения качественного перевода необходимо прекрасное владение как языком оригинала, так и языком перевода. Идеал, к которому следует стремиться – это так называемый сбалансированный билингвизм, задача, которую, по словам профессора Сюзан Берк-Селигсон (Susan Berk-Seligson), а тем более в условиях получения дополнительной квалификации, решить не просто крайне сложно, а и практически невозможно [4].

Согласно словарю социолингвистических терминов, сбалансированный билингвизм (balanced bilingualism) – идеальное состояние, при котором человек одинаково свободно владеет обоими языками [3]. Сбалансированный билингвизм крайне редок, поскольку на практике почти всегда один язык преобладает над другим из-за различий во времени, проведенном в разных языковых средах. Например, в США дети иммигрантов могут прекрасно овладеть американским английским, но частично потерять язык страны, из которой прибыли их родители.

В целом, обычный билингв не обязательно всегда владеет обоими языками в равной степени, просто в какой-то определенной, ограниченной сфере он воспринимает и чувствует оба языка "как родные". Например, татарин может разговаривать со своими родителями по-татарски, но не знать научной терминологии или не читать книг на татарском.

Тот язык, которым билингв владеет лучше, называют доминантным (dominant). Обычно доминантный язык так или иначе влияет на второй и искажает его структуру. По этой причине, не следует путать "билингвизм" и "сбалансированный билингвизм". Ничего совершенного, абсолютного и сбалансированного вообще не бывает. Например, даже в речи Познера иногда заметен небольшой вибрирующий акцент и отдельные ошибки. По этой же причине, также не рекомендуется употреблять выражения в стиле "знать язык в совершенстве", "совершенное владение языком". В реальной жизни это всегда значительное преувеличение. Ни один человек не владеет языком в совершенстве, хотя бы уже потому, что процесс обучения и самосовершенствования бесконечен.

Понятие «сфера использования языка» («domain of the language») было предложено социологом Джошуа Фишманом [7, 8]. Он определяет сферу использования языка как ситуативный контекст, в котором по таким факторам как «местоположение, проблематика, участники» предпочтение будет отдано одному языку, нежели другому. Типичными сферами применения языка в его понимании являются «семья», «школа», «место отдыха» и «церковь» [7, 8].

Билингвы, т.е. люди, владеющие двумя языками, свободнее пользуются лексикой того языка, на котором приобретался опыт деятельности, относящейся к конкретной сфере применения языка. Об этом и говорит профессор Берк-Селигсон, объясняя, что «если человек учился играть в шарики (to play marbles) на испанском языке, а затем разучивал правила, применяемые в футболе, на английском, он, вероятнее всего, столкнется с трудностями при описании правил игры в шарики на английском языке и, соответственно, наоборот» [4].

Проблема перевода встает еще более остро, когда в сфере правовых взаимоотношений возникает необходимость перевести текст, изобилующий сложной технической, медицинской, научной или другой узко специализированной терминологией.

Важно напоминать студентам, что и правовой английский изобилует специальной терминологией, и также имеет свои характерные особенности, такие как употребление традиционных, но уже устаревших выражений, множество повторов, сложные и чрезмерно длинные предложения.

Свое отношение к юридическому английскому высказал Джонатан Свифт в «Путешествиях Гулливера», охарактеризовав его как «a peculiar Cant and Jargon of their own, that no other Mortal can understand» («свой собственный язык, особый жаргон, недоступный пониманию обыкновенных смертных») [16].

Еще одним моментом, который может усложнить взаимопонимание между людьми, говорящими на разных языках, являются культурные различия.

Понятие «культура», безусловно, весьма многозначно [20]. Его невозможно определить двумя-тремя фразами. Так, по подсчетам американских антропологов А. Кребера и К. Клакхона, с 1871 по 1919 годы было дано семь определений культуры, а с 1929 по 1950 годы их число возросло до 150. А. Моль в книге "Социодинамика культуры" (1968г.) насчитывает уже 250 определений. И все же у всех существующих определений культуры (а их по последним исследованиям, больше 500 (!)), есть нечто объединяющее, из которого можно вывести самое общее определение, которое не противоречит ни одному из имеющихся. Например, такое (по Радугину А.А.):

Культура охватывает все, что отличает жизнь человеческого общества от жизни природы, все стороны человеческого бытия [2].

В более узком смысле под культурой понимается совокупность духовных ценностей и норм, присущих большой социальной группе, общности, народу или нации (элитарная культура, русская культура, русская зарубежная культура, культура молодежи) [20].

И самое первое определение термину (по мнению американских антропологов) дал английский этнограф Эдуард Тэйлор (1832—1917): "Culture is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society" ("Культура – комплекс, включающий знания, верования, искусство, мораль, законы, обычаи, а также иные способности и навыки, усвоенные человеком как членом общества"), "Primitive Culture", 1871.

Эти определения подчеркивают широту понятия «культура», ее воздействие на нашу повседневную жизнь, обычаи, манеры, поступки, видение мира, представления о времени, ценностях и прочее.

Важно донести до студентов, что некоторые переводческие ошибки связаны не столько с самим переводом языковых или речевых единиц, сколько с неспособностью осознать культурные различия и их влияние на межкультурное общение.

Анжела Маккэффри (Angela McCaffrey) описывает один случай, когда женщина обратилась к юристу за помощью в получении визы для сына. Юрист попросил ее указать дату рождения сына, что она и сделала. В результате в посольстве США молодому человеку было отказано в получении визы на том основании, что он на собеседовании назвал дату рождения, отличную от той, что его мать указала ранее в документах, поданных ею в Службу иммиграции и натурализации США (СИН). Дело в том, что из-за военных действий у него не было свидетельства о рождении. Кроме того, позже выяснилось, что отношение к датам рождения в США и его родной стране было совершенно разным: там не отмечались дни рождения, и использовалась система календарного времени, несколько отличная от США. Молодому человеку пришлось представить письменные объяснения по поводу расхождений в указанных датах рождения, они были рассмотрены посольством, и семья смогла воссоединиться [12].

Иногда чтобы улучшить взаимопонимание между юристом и клиентом, нужно просто уметь внимательно слушать и попробовать посмотреть на вещи с точки зрения другого человека. Например, на вопрос о дальности расстояния между двумя населенными пунктами человек, обратившийся за помощью в предоставлении убежища, ответил, что в его стране не принято считать расстояния в милях, как это делают в США. Там расстояния измеряются стоимостью проезда: чем больше плата за перевозку, тем дальше расстояние до пункта назначения [12].

Слабое представление о культурных особенностях и различиях может привести не только к ошибочному недопониманию, но и к конфликтным ситуациям, когда кто-то может даже почувствовать себя

оскорбленным, т.к. слова или жесты могут нести подчас совершенно противоположный смысл для представителей разных культур.

Беатрис Валера-Шуц (Beatriz Valera-Schutz) и Маргарита Гонзалез (Margarita Gonzalez) – авторы учебного пособия для юристов, для общения с людьми на работе использующих два языка. Пособие направлено на развитие межкультурных взаимоотношений в юридической фирме. В одном из упражнений приводится текст предварительной беседы по гипотетическому бракоразводному процессу, в ходе которой юрист совершает множество ошибок, которые в свою очередь приводят к непониманию между сторонами. Студентов просят проанализировать текст построчно и выделить те моменты беседы, когда непонимание вызвано культурными различиями [17].

Авторы считают, что теплые и доверительные отношения с клиентом установить совсем не трудно, достаточно, например, просто поприветствовать его на родном языке. Доброжелательный прием крайне важен для того, чтобы устранить вполне естественную напряженность и неловкость, что чувствуют люди, приходя к юристу, особенно в тех случаях, когда они недостаточно хорошо владеют языком. Какими бы отличными ни были культурные традиции клиентов, проявление к ним уважения со стороны юриста обязательно [17].

Помимо культурных различий будущие юристы могут столкнуться в своей работе с людьми, прибывшими из страны с совершенно иной правовой системой. Различия могут заключаться буквально во всем: в отношении к законам, в способах разрешения споров, в используемой терминологии. Отличаться может как отношение к самой правовой системе, так и к лицам, задействованным в ней. Например, в некоторых странах значительно разнятся представления о виновности и невиновности. Студентов следует настраивать на предварительную подготовку к работе, поиску соответствующей информации.

Так, например, хмонги (Мяо, или хмонги — группа народов в южном Китае, северном Вьетнаме, Лаосе, Таиланде, Мьянме общей численностью около 11 млн. чел. Говорят на языках мяо семьи мяо-яо. Около 200 тысяч мяо из Лаоса эмигрировали в США), проходя через процедуру развода в США, сталкиваются с совершенно иным процессом, нежели тот, которому они подверглись бы в Лаосе. В США вопросы опеки над ребенком решаются с учетом интересов последнего. Для хмонгов же традиционно важным при этом является не вопрос о том, кто из родителей сможет обеспечить лучшие условия для ребенка, а сохранение общинной принадлежности. Поэтому в данной культуре преимущество было традиционно на стороне отца, т.к. жизнь хмонгов на родине строилась по общинно-патронимическому принципу [6].

Итак, мы рассмотрели ряд ситуаций, когда идиоматические выражения, местные различия и диалекты, а также специальная терминология могут затруднить перевод и привести к искажению оригинального сообщения. Проблемы качества перевода, сложности языка, процесса постепенного овладения им, а также культурных различий, проявляющихся через общение на языке, приобретают особую важность в правовой сфере в контексте современных демографических изменений и тенденций развития мировой экономики.

Библиография

1. Азимов Э.Г. , Шукин А.И. Словарь методических терминов, СПб.: «Златоуст», 1999.
2. Радугин А.А., Культурология, М: «Библионика», 2007.
3. Словарь социолингвистических терминов, Тамбов: «Пролетарский светоч», 2006.
4. Berk-Seligson S., The Importance of Linguistics in Court Interpreting, 2 La Raza L.J., 1988.
5. Caro M., Interpreters Speak Volumes about Linguistic Confusion, Chi. Trib., Sept. 26, 1994.
6. Christopher Thao T., Hmong Customs on Marriage, Divorce and the Rights of Married Women, Council on Southeast Asia Studies, Yale Center for International and Area Studies, 1986.
7. Fishman J., Sociolinguistics: a Brief Introduction, 1971.
8. Fishman J., The Sociology of Language, in Advances in the Sociology of Language, 1976.
9. Friedman Ramirez L. & Kay L., The non-english speaking client, el cliente que no habla ingles, The Champion 7 (Jan/Feb. 1994).
10. Immigrants in Courts 3-4, Joanne I. Moore ed., 1999.
11. LaSalle M., Lost in Translation: U.S. Movie Titles Get New Titles Overseas, Minneapolis Star Trib., Aug. 5, 1996.

12. McCaffrey A., Don't get lost in translation: teaching law students to work with language interpreters, 6 Clinical L. Rev. 347, Spring, 2000.
13. Rees E. L., Que problema! How accurate is that translation?, 6 Crim. Just. 18, (1991).
14. Schulman M.B., No Hablo Ingles: Court Interpretation As A Major Obstacle To Fairness For Non-English Speaking Defendants, 46 Vand. L. Rev. (1993).
15. Simon J.A., The Use of Interpreters for the Deaf and the Legal Community's Obligation to Comply with the A.D.A., 8 J.L. & Health 155, 1993/1994.
16. Swift J., Gulliver's travels (Пер. с англ. под ред. А. А. Франковского), М.: Правда, 1987.
17. Valera-Schutz B. & Gonzalez M., Cultural Fluency, in Marilyn R. Frankenthaler, Skills For Bilingual Legal Personnel Tecnicas Para El Personal Bilingue En El Area Legal 3, 1982.
18. <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/899774>
19. http://ru.wikipedia.org/wiki/Миштекские_языки
20. <http://www.countries.ru/library/subscribe/meanings.htm>

ИНФОРМАЦИОННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ

ИССЛЕДОВАНИЕ ТЕХНОЛОГИИ ОРГАНИЗАЦИИ АЗАРТНЫХ ИГР В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

ЧЕРНЯЕВ С.В.,

*к.т.н., доцент, заведующий курсом правовой информатики,
Оренбургский институт (филиал) МГЮА им. О.Е. Кутафина,
460000, г. Оренбург, ул. Комсомольская, 50,
тел. 8 (3532)72-22-77,
post@oimsla.edu.ru*

Ключевые слова: азартная игра, сеть Интернет, компьютерно-техническая экспертиза, интернет-казино, «Superomatic», «Global Pay», «Global Slots», «Di-Pay».

В статье освещаются вопросы экспертного исследования технологии организации азартных игр с использованием сети Интернет. Приводится классификация программно-технических решений положенных в основу функционирования подобных систем. Критически анализируются вопросы которые ставятся перед специалистом в рамках исследования технических и программных средств интернет-казино. Анализируются конкретные системы интернет-казино.

Key Words: *gambling, Internet, computer-technical expertise, Internet-casino, «Superomatic», «Global Pay», «Global Slots», «Di-Pay».*

The article is concerned with the problem of expert examination of techniques used in arrangement of gambling games with the help of Internet system. The author introduces a classification of software technologies underlain the operation of all such schemes; gives careful consideration of issues to be solved by an expert dealing with the examination of technical and software tools utilized by Internet-casino; and then reviews actual schemes of Internet-casino.

В связи с тем, что после 30 июня 2009 года организация и проведение азартных игр вне специальных игорных зон запрещены Федеральным законом «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» № 244-ФЗ¹, у представителей игорного бизнеса, которые пытаются продолжить свои работу вне данных зон наметилось два пути:

- Попытка легализации азартных игр через деятельность «благотворительных фондов» без модернизации игровых автоматов (юридическая схема).

Поскольку формально отсутствует предпринимательская деятельность и нет получаемого дохода, то нет и ответственности за нелегальное предпринимательство.

- легализация электронных игровых автоматов с денежным выигрышем как лотерейного оборудования для проведения стимулирующих лотерей путём их формальной модернизации.

Схема основана на выходе организаторов из сферы правового регулирования закона № 244-ФЗ за счёт организации лотереи, т.е. совершенно другого вида деятельности.

- маскировка азартных игр под предоставление услуг доступа в сеть Интернет.

Юридическое обоснование такой схемы – предоставление телематических услуг свободного доступа к сети Интернет. Выбор пользователем сайтов он-лайн казино это решение отдельного пользователя в рамках действий физического лица, а не предпринимателя. В качестве дополнительной страховки владельцы таких с позволения сказать Интернет-салонов считают, что вывод исполняемых модулей программ или их математического обеспечения на сторону физического расположения серверов в те страны, где подобная деятельность является легальной, позволит избежать ответственности за нарушение требований закона о регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр².

Сложившаяся практика арбитражных судов по привлечению юридических лиц к административной ответственности такова, что от органов проводящих административное расследование требуется показать, что услуга доступа в сеть Интернет используется исключительно для организации азартных игр с денежным выигрышем.

Со своей стороны владельцы такого рода Интернет-салонов или развлекательных интернет-центров считают, что вывод исполняемых модулей программ на сторону физического расположения серверов в те страны где подобная деятельность является легальной позволит избежать ответственности за нарушение требований игорного законодательства, несмотря на то, что в соответствии с ч. 3 ст. 5 указанного выше федерального закона «деятельность по организации и проведению азартных игр с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет», а также средств связи, в том числе подвижной связи, запрещена».

Для организации доступа в сеть Интернет в развлекательных интернет-центрах обязательно должно присутствовать следующее оборудование:

Терминалы для выхода в сеть Интернет. Данное оборудование может представлять собой стандартные персональные компьютеры на платформе Intel. Альтернативный вариант – интернет-киоски размещённые в специально изготовленных корпусах, где в качестве устройства управления используется сенсорный экран или стандартная клавиатура с трекболом системный блок входящий в состав подобного рода киосков может быть стандартным выполненным в корпусах ATX форм факторов desktop или minitower а может представлять собой элемент конструкции киоска с нестандартным несущим шасси. В случае если интернет-доступ используется только в качестве прикрытия основной «игровой специализации» салона в качестве корпусов используются модифицированные корпуса игровых автоматов с денежным выигрышем из которых изъяты купюроприёмники и внутрь установлен стандартных системный блок персонального компьютера с внешним контроллером для подключения кнопочной клавиатуры автомата к PS/2-порту системного блока. Во всех терминалах, выполненных в специальных корпусах и корпусах игровых автоматов, дополнительно размещается блок бесперебойного питания и в некоторых случаях система сигнализации об открывании передней крышки аппарата.

Персональный компьютер администратора салона. На рабочем компьютере администратора салона как правило установлены программные средства для осуществления электронных платежей, удалённого управления интернет-терминалами. Как дополнительные программные средства, «электронные следы» использования которых интересны с точки зрения задач исследования могут присутствовать интернет-пейджеры ICQ, Oip, Miranda и т.д. при помощи которых администратор салона связывается со службой технической поддержки on-line игровых систем.

Рециркуляционный Интернет Конвертор³ - техническое устройство предназначенное для конвертации реальных денежных средств в их электронный эквивалент GPM-чеки, бонусные баллы и т.д. Позволяет проводить и обратную операцию по обмену электронных чеков на денежные

средства. Снабжается купюроприёмником, хоппером и специальным программным обеспечением взаимодействующим с интернет-хранилищем денежных средств.

Коммуникационное оборудование. Сетевая конфигурация интернет салонов строится на основе одноранговой сети с фиксированными на терминалах «серыми» IP-адресами подсетей класса В или С подключаемыми к неуправляемому 100 мегабитному коммутатору Fast Ethernet. В качестве шлюза в сеть Интернет может использоваться различное оборудование представляющее интерес для исследования: ADSL-модем с задействованной функцией маршрутизации подключаемый по технологии ADSL к оператору проводной телефонной связи, USB EGDE/3G модем для доступа через GSM - сеть оператора мобильной связи или облегчённый VSAT-терминал для доступа через симметричный спутниковый канал.

Используемое для предоставления подобного рода услуг оборудование в своём составе содержит универсальные или специализированные электронно-вычислительные машины и поэтому могут быть исследованы в рамках назначаемой органами дознания судебной компьютерно-технической экспертизы⁴.

При изъятии такого рода оборудования органы дознания пытаются поставить на разрешение эксперта следующие вопросы:

1. Какое программное обеспечение установлено на оборудовании представленном для исследования?

Отвечая на данный вопрос, эксперт может установить на основе какой операционной системы построен программный комплекс интернет-терминала и установить какие игровые приложения содержатся на постоянных носителях информации обнаруженных в исследуемом оборудовании. Программно-технические решения значительно различаются по принципам построения и составу используемого программного обеспечения. В качестве операционных систем на исследованном

оборудовании применялись операционные системы семейства Windows компании Microsoft: Microsoft Windows XP Professional Edition, Microsoft Windows XP Embedded, Microsoft Windows XP Embedded for POS и Linux: Linux Gentoo, Linux Ubuntu.

2. Могла ли осуществляться с помощью исследуемых системных блоков азартная игра в игровые автоматы с помощью локальной сети?

3. Может ли осуществляться с помощью данных системных блоков и установленного на них программного обеспечения игра с получением денежного выигрыша и каким образом?

Формулировки вопросов 2,3 имеют юридическую направленность и не могут быть разрешены экспертом компьютерно-технической экспертизы, поскольку понятие «азартной игры» даётся в федеральном законе и не относится к техническим характеристикам исследуемого оборудования. Представляется, что данные вопросы можно переформулировать следующим образом:

2,3. Каков механизм осуществления игрового процесса при помощи программного обеспечения, установленного на исследуемом оборудовании?

4. По какому каналу связи и через какого оператора предоставлялись услуги выхода в Интернет?

При ответе на данный вопрос эксперт по сетевым настройкам протокола TCP /IP операционных систем установленных на исследуемых системных блоках может определить принадлежность IP-адресов DNS-серверов и сделать предположительный вывод о том, через какого регионального провайдера осуществлялся доступ в сеть Интернет. Категорический вывод возможен в случае если изъято оконечное коммуникационное оборудование: ADSL или 3G –модемы, спутниковый модем и т.д., поскольку в данном случае можно точно указать технические параметры соединения.

5. Возможен ли выход в Интернет с представленных системных блоков?

Данный вопрос отчасти дублирует вопрос № 6 (см. ниже), но в данном случае эксперт может показать, что наличие в сетевых настройках операционной системы DNS- адресов провайдера и указание IP-адреса компьютера или модема при условии их работоспособности говорит о принципиальном наличии такой технической возможности.

6. Сохранены ли Интернет адреса на которые производился выход в Интернет?

Мнемонические адреса сайтов и (или) серверов к которым осуществлялся доступ с исследуемых системных блоков могут быть установлены путем анализа журналов посещений браузеров установленных на исследуемых системных блоках, анализом кеша браузеров, лог-файлов игровых приложений, лог-файлов прокси-серверов интернет-шлюзов, лог-файлов интернет-пейджеров ICQ и т.д.

7. Имеются ли какие-либо ограничения на выход в сеть Интернет, если да то какие?

Как правило, на игровых рабочих станциях-терминалах устанавливаются ограничения на выход в сеть Интернет. В браузере Internet Explorer на вкладке «Содержание» настраивается режим «Ограничение доступа к информации, получаемой из Интернета». В список сайтов разрешённых к просмотру заносятся сайты интернет-казино, доступ к остальным ресурсам возможен только после ввода паролей.

8. Установлено ли контрафактное программное обеспечение на представленных системных блоках?

Владельцы интернет-салонов не устанавливают на игровых рабочих станциях терминалах дополнительного программного обеспечения. Поэтому эксперт может установить присутствуют ли признаки контрафактности у установленных на игровых рабочих станциях копиях операционных систем. На некоторых игровых рабочих станциях устанавливаются операционные системы семейства Linux распространяемые по лицензии GPL.

9. Имеются ли на накопителях на жёстких магнитных дисках системных блоков персонального компьютера, представленного на экспертизу, файлы игровых программных продуктов: (указать игровые программные продукты)?

Игровые приложения используемые для организации азартных игр могут устанавливаться как на самом игровом терминале, так и загружаться при обращении к сайту. В первом случае программное обеспечение размещаются в подкаталогах папки «Program Files» или отдельных стандартных каталогах, в случае загрузки программного обеспечения с сайта интернет-казино копии исполняемых файлов можно обнаружить в каталогах кеша браузеров используемых в операционной системе.

10. Мог ли клиент без помощи оператора осуществлять выход на сайт Интернет-казино и полноценно пользоваться им?

Игровые системы к которым обращаются клиенты интернет-казино обычно настроены на определённый вид «псевдоплатёжной» системы и без поддержки оператора по приёму платежей не могут полноценно использовать сервисы Интернет-казино.

В период с июня 2009 по февраль 2010 автором было подготовлено порядка 10 заключений по оборудованию при помощи которого реализуются те или иные схемы Интернет-казино в Оренбургской области.

Обобщая полученную информацию можно предложить следующую классификацию используемых технологий по признаку интеграции игровых приложений и схем платежей с коммуникационными сервисами сети Интернет (см. рис. 1):

1. Без использования сети Интернет.

В данном случае все игровые операции выполняются на локальном игровом компьютере-терминале конструктивно оформленном в корпусах игрового оборудования все терминалы связаны в одноранговую локальную

сеть. При помощи компьютера оператора зала начисляются призовые баллы и происходит окончательный расчёт.

Программное обеспечение с эмуляторами игровых автоматов «Игрософт» предустановленно на жёстких дисках системных блоков.

2. Использование сети Интернет для хранения игрового баланса.

Системный блок персонального компьютера игрового терминала размещается в корпусе для игровых или лотерейных автоматов, кнопки автомата через специальный контроллер подключены к системному блоку. При старте операционной системы MS Windows XP автоматически загружается набор игровых приложений основанных на видеослот играх компании «Игрософт» и «Белтра». Интернет необходим только для хранения баланса игровых терминалов на внешнем интернет-сервере. Зачислением призовых баллов на баланс игрового терминала занимается оператор со своего рабочего компьютера.



Рис. 1 Классификация технологий организации азартных игр с использованием сети Интернет.

3. Интернет-казино с загрузкой игровых приложений с сервера Интернет-казино и контролем баланса игрового счёта при помощи программного обеспечения Inet-Cash (wallet.exe).

Доступ к игровым приложениям осуществляется при помощи загрузки приложений-апплетов с сайта Интернет-казино.

Игрок, вступающий в азартную игру, передавал деньги оператору игрового зала, тот с рабочего места оператора на компьютере используя программу системы управления счетами «игровых рабочих станций»-«терминалов» платёжной системы Inet-Cash Dealer через учётную запись в платёжной системе «Di-pay» <http://di-pay.com/> открывал новый счёт. Со счёта салона на открытый счёт переводились средства эквивалентные переданной денежной сумме. Игроку указывался номер его счёта и пароль для доступа. На «игровой рабочей станции»-«терминале» игрок через браузер Internet Explorer заходит на сайт webgaminator.com по ссылке <http://www.webgaminator.com> и с главной страницы сайта запускает нужную ему игру через ссылку с пиктограммой игры как например файл 18.exe-эмулятор слот-игры от компании «Игрософт» «Crazy Monkey». Файл запуска игры подгружает программу wallet.exe - клиента платёжной системы INET-CASH. В диалоговое окно INET-CASH вводится номер счёта и пароль сообщённые игроку оператором. При положительном балансе на счёте в платёжной системе запускается игра. Оператор при помощи программы Inet-Cash Dealer контролирует счёт игрока и при необходимости пополняет его. Остаток на счёте, т.е. выигрыш выдаётся по окончании игры оператором, вероятно после этого счёт закрывается, хотя возможно он используется и для «сеанса» следующего игрока, или остаётся за тем же игроком для дальнейшего использования при следующем посещении.

В качестве следов использования системы на игровой рабочей станции имеются многочисленные следы загрузки игровых приложений-апплетов.

4. Интернет-казино с хранением игровых приложений на локальной «игровой рабочей станции» с возможностью их обновления с сервера в сети Интернет (система «Superomatic»).

Игрок, вступающий в азартную игру, передавал деньги оператору игрового зала, тот с рабочего места оператора на компьютере используя браузер Internet Explorer через учётную запись на сайте «Goodman-network» <http://goodman-network.com/platezka/newpay/> начислял переданную денежную сумму в рублях на счёт «игровой рабочей станции»-«терминала», например с логином и указывал игроку его «терминал». Игрок запускал программу Ploader.exe и через начальную заставку системы выбирал нужную азартную игру в игровой системе «Superomatic». В процессе игры вероятно можно было выбрать другое игровое приложение из предлагаемых системой «Superomatic» и через оператора пополнить баланс своей «игровой рабочей станции»-«терминала». Так же через оператора решались технические вопросы по внештатным ситуациям. По окончании игры остаток денег на балансе оператор выплачивал игроку и списывал со счёта «игровой рабочей станции»-«терминала».

Особенность данной системы в том, сервера Superomatic.com, и Goodman-network.com не имеют регистрации в зоне .com и доступ к ним осуществляется по IP-адресу прописанному в файле HOSTS. Адреса системы периодически меняются что затрудняет исследование системы.

5. Интернет-казино совмещённое с специализированной платёжной системой, созданной для обслуживания Интернет-казино, маскируемой под универсальную платёжную систему (Global Pay).

Игрок, вступающий в азартную игру, вводит денежные средства в систему Global Pay через оператора игрового зала или при помощи расчетного терминала Global Pay, получая взамен код GPM с соответствующими данному коду условными единицами GPM.

Затем игрок через ярлык на рабочем столе запускал игровое приложение «GlobalSlots» активируя файла запуска системы launcher.exe. При необходимости игровое приложение обновлялось через утилиту gsupdater.exe с сервера <http://update1.globalslots.info:60080> загружая отсутствующие или изменённые файлы. После загрузки основного окна системы игрок вводил секретный код GPM, выданный ему оператором или распечатанный расчётным терминалом. В окне «Ваш счёт» предположительно отображался баланс счёта. Во время выполнения программы Global Slots оболочкой системы launcher.exe поддерживалась связь с сервером hosted-by.leaseweb.com по TCP-порту 60345.

Взаимодействуя с сервером admin.paygrau.com расположенным по игрок через систему Global Slots осуществлял азартную игру в выбранное приложение из разделов «Видео покеры», «Слот автоматы», «Рулетка». Ресурсы для запуска игровых модулей размещаются в подкаталогах папки «\Program Files\GlobalSlots\PLUGINS»: вызовы управляющих функций размещены в файле формата dll, звуковое сопровождение в файлах формата wav, файлы формата png хранят в зашифрованном виде ресурсы игрового модуля не выясненного назначения. Сервер admin.paygrau.com расположенный по IP-адресу 85.17.221.98 контролировал игровой баланс прямым обменом с игровым модулем, как например с модулем fruit протестированным в процессе исследования. По окончании игры игрок вводил ранее полученный код в систему через команду «Забрать деньги» и получал новый код на основании которого оператором или через расчетный терминал производился возврат выигрыша.

Судебная практика интересная с точки зрения оценки результатов исследований немногочисленна. Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях установлен предельный срок привлечения к административной ответственности в течении двух месяцев со дня совершения административного правонарушения.

Во многих случаях когда сроки были пропущены из-за позднего обращения в арбитражный суд, суд не рассматривал обстоятельства совершения административного правонарушения и не давал оценку представленным доказательствам, просто отказывая по основанию ст. 4.5 КоАП РФ. Однако имеются и положительные примеры.

Постановлением восемнадцатого апелляционного арбитражного суда № 18-АП-1167/2010 по делу № А-47-11740/2009 установлено, что система «Di-Pay/Ok-Casino» одна из исследованных автором отвечает критериям игрового оборудования для осуществления азартной игры с денежным выигрышем. Такое решение открывает возможность для привлечения владельца сети интернет-салонов к административной ответственности и пресечению незаконной деятельности по организации доступа к интернет-казино.

¹ Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации от 1 января 2007 г. № 1 (часть I) ст. 7.

² Л.А. Евстратова «Интернет-перспективы игорных заведений» // «Игорный бизнес: бухгалтерский учет и налогообложение», № 1, январь-февраль 2008 г.

³ Kiosk gambling system for Internet Cafe <http://www.info.ruvegas.ru/kgsic.htm>

⁴ Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. - М.: Норма, 2005 г.

