

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

**ТРУДЫ
ОРЕНБУРГСКОГО ИНСТИТУТА
(филиала) МГЮА**

(выпуск девятый)

Оренбург - 2008

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

Рекомендовано к печати Редакционным Советом института.

Рецензент: доктор юридических наук, профессор, академик РАН, президент МГЮА Кутафин О.Е.

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.

БОРИСОВ Я.Е. заведующий кафедрой конституционного и международного права, к.ю.н.

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

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

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, к.п.н., доцент

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

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

Т 78 Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА (выпуск девятый) - Оренбург, 2008 - 552 с.

ISBN 978-5-902112-58-6

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

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

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

ББК 67

ISBN 978-5-902112-58-6

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

ОГЛАВЛЕНИЕ

Раздел первый

ВОПРОСЫ ГОСУДАРСТВА, ПРАВА, ОБЩЕСТВА И ПОЛИТИКИ

ГОНЧАРОВ Д.В.	
Российский регион как предмет институционального политического анализа.....	7
ЛУКЬЯНОВА Е.Г.	
Постсоветская Россия сквозь призму закона: концепции и реальность.....	20
САВЕНКО О.Е.	
Новые подходы к толкованию принципа самоопределения народов и наций.....	37
СОЛОДКАЯ М.С.	
Функции управления.....	49
ШЕШУКОВА Г.В.	
Этническая и конфессиональная идентификация студентов оренбургских вузов.....	60

Раздел второй

ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

АЩАУЛОВ А.В.	
К вопросу о правомочности бюджетных учреждений отчуждать имущество, принадлежащее им на праве оперативного управления (анализ правоприменительной практики).....	75
БУЯНОВА Е.В.	
Историко-правовой взгляд на проблему поиска процедуры рассмотрения дел об усыновлении (удочерении) детей.....	83
ГАБИТДИНОВ Р.Ф.	
К вопросу о понятии жилищного права.....	101
ДЬЯКОНОВА А.А.	
Эффективность негосударственного регулирования международных торговых сделок.....	119

ЗАЛАВСКАЯ О.М.	
Проблемы определения субъекта оценочной деятельности.....	133
КОВАЛЕВ М.В.	
Некоторые вопросы права на неприкосновенность произведения по Бернской конвенции и национальным законодательствам.....	142
ЛОМАКИНА Е.В.	
Специальные знания в гражданском процессе.....	159
МАРЧЕНКО Т.В.	
Правовая природа ценных бумаг в бездокументарной форме.....	173
САТТАРОВА З.З.	
Исполнительное производство Германии и России (сравнительно-правовой анализ).....	184
СИВАРАКША И.В.	
Имущественные отношения супругов (исторический опыт зарубежных стран).....	193
ТОМИНА А.П.	
Некоторые аспекты проявления принципа состязательности в суде апелляционной инстанции в гражданском процессе.....	209
ЯНЕВА Р.Р.	
Лица, участвующие в делах искового производства, связанных с наследованием.....	227

Раздел третий

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

БАГУН Э.А.	
Истязание как форма проявления жестокости преступного поведения.....	243
ДЕМЧЕНКО Е.В.	
Порядок прекращения уголовного дела и (или) уголовного преследования.....	253
ЖОВНИР С.А.	
Несколько замечаний действующему уголовному закону.....	261
ЖУРАВЛЕВ Ю.Г.	
Критерии допустимости тактических приемов в следственной практике.....	272
МИХАЛЬ О.А.	
Формализация и сущность классификации преступлений.....	284

ПЛОТНИКОВ А.И.	
Объективное и субъективное содержание и сущность деяния, признаваемого преступлением.....	298
РЕЗЕПКИН А.М.	
Назначение российской адвокатуры.....	315
ТИХОМИРОВА Е.Д.	
Обстоятельства (факторы), способствующие формированию виктимности у жертв сексуального насилия.....	321
ХМЕЛЕВСКАЯ Т.А.	
Исправление осужденного и эффективность его достижения.....	331
ШАМАРДИН А.А.	
К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании.....	342
ШМЕЛЕВА Е.С.	
Новые доказательства в суде апелляционной инстанции....	356
ШНИТЕНКОВ А.В.	
Совершение преступления лицом с использованием своего служебного положения.....	368

Раздел четвертый

ВОПРОСЫ ЗЕМЕЛЬНОЙ РЕФОРМЫ, ЭКОЛОГИЧЕСКОГО, БЮДЖЕТНОГО И АДМИНИСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

ЖУКОВА С.М.	
Административная ответственность в механизме защиты конституционного права граждан на индивидуальную предпринимательскую деятельность.....	377
ЛОПИНА И.М.	
Правовой режим имущества сельскохозяйственных кооперативов.....	388
МИХАЙЛОВА Е.С.	
Юридическая природа принципов административного права.....	408
ОБУХОВА Е.И.	
Финансовый контроль и место бухгалтерской экспертизы расходов.....	413
РЫСАЕВ Ф.Б.	
Роль исполнительной власти в реализации Экологической доктрины России.....	422
ЧАШКИН П.В.	
Юридическая ответственность за нарушение законодательства об охране редких и исчезающих видов животных.....	428

Раздел пятый

**ВОПРОСЫ ТРУДОВОГО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО
ПРАВА И ПРАВА СОЦБЕСПЕЧЕНИЯ**

БАРАНОВА Л.Я.

Нестандартная занятость..... 441

ДОЛОВА А.З.

Правопрекращающие юридические факты в иных
непосредственно связанных с трудовыми
правоотношениях..... 457

ЕФИМЦЕВА Т.В.

Государственное регулирование инновационной
деятельности в Оренбургской области..... 469

ЗАЙЦЕВА О.Б.

Становление трудового права в России и категория
трудовой правосубъектности..... 484

КУРЛАЕВ О.А.

Последствия использования товарного знака в условиях
действия части четвертой Гражданского кодекса..... 493

Раздел шестой

**ВОПРОСЫ ПЕДАГОГИКИ И ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА
В НЕЯЗЫКОВОМ ВУЗЕ**

ЖУКОВА Е.Э.

Обучение навыкам делового письма студентов-юристов
на уроках иностранного языка..... 503

КОРОВИНА С.В.

Взаимосвязь языковой и научной картин мира..... 510

МОИСЕЕВА Л.В.

Об аксиологическом подходе в обучении
иностранному языку..... 521

ХАЛЮШЕВА Г.Р.

Развитие навыков письменной речи студентов
при обучении английскому языку..... 539

Вопросы государства, права, общества и политики

РОССИЙСКИЙ РЕГИОН КАК ПРЕДМЕТ ПОЛИТИЧЕСКОГО ИНСТИТУЦИОНАЛЬНОГО АНАЛИЗА

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

Данная работа представляет собой попытку проанализировать развитие постсоветской региональной политики в связи с проверкой основных гипотез о характере взаимосвязи между институциональной структурой региональных сообществ и форм (способов) их социальной самоорганизации. Статья также является презентацией некоторых результатов исследовательского проекта, осуществленного автором благодаря поддержке Российского гуманитарного научного фонда¹.

Дискуссия о природе институциональной эволюции современных обществ

Первая из хорошо известных в литературе гипотез (так называемая «культуралистская») акцентирует роль традиционных структур общественной культуры и социальной организации как фактора, определяющего содержание, а также степень устойчивости и социально-политической эффективности институциональной системы современных сообществ. Пожалуй, наиболее впечатляющим образом эта теоретическая модель представлена в ставшей классической работе Роберта Патнэма о демократизации в Италии². Особое значение в рамках данной модели уделяется культуре и социальной организации гражданского общества - наличие соответствующего социокультурного фона считается необходимым условием становления институциональной структуры демократической политики. И, наоборот, отсутствие развитой гражданской

¹ Эта работа выполнена благодаря поддержке Российского гуманитарного научного фонда (2007 год, грант №07-03-81301а/У).

² Патнэм Р. Чтобы демократия сработала. - Москва, 1997.

среды рассматривается как предпосылка неуспеха институционального развития демократического типа.

Другая («институционалистская») гипотеза предлагает рассматривать институты в качестве не просто пассивных восприимчивых социально-культурного влияния общественной среды, но также и как активных агентов, способных в сравнительно короткой исторической перспективе изменять соответствующий социокультурный фон. Сторонники этой модели полагают, что возможно конструирование институтов, выращивание их даже в сравнительно неблагоприятной общественной среде¹.

Разумеется, автор не претендует на то, что в ходе исследования удалось однозначно оценить эти сложные теоретические конструкции. Однако реализация проекта позволила в реальном общественном контексте проследить сложившееся в современной науке видение субнациональной политической жизни в постсоветской России. Выводы исследования, не подвергая сомнению макросоциологическую обоснованность культуралистского подхода, предлагают определенные аргументы и в пользу институционалистской перспективы. Они, как нам кажется, позволяют говорить о деструктивной роли авторитарного политического курса в процессах социальной и культурной трансформации российских регионов.

Институциональный выбор в условиях так называемого исторического «сочленения»

В качестве общетеоретического основания данного исследования было выбрано рассмотрение вопроса об институциональном выборе в условиях так называемого *исторического «сочленения»*².

История общественно-политического развития российских регионов (вернее в этом случае говорить о российской периферии) и эволюции центр-периферийных отношений в России сформировала особую институциональную логику в этой сфере. Отправным пунктом в исследовании этой логики

¹ Литература, в которой обосновывается эта позиция, обширна. Укажу только на одну работу, которая стала непосредственным откликом на работу Патнэма и во многом подтолкнула развитие соответствующей дискуссии. Tarrow S. Making Social Science Work Across Space and Time: A Critical Reflection on Robert Putnam's Making Democracy Work. 1996 // American Political Science Review, V. 90, №2.

² Thelen K., Steinmo S. Historical Institutionalism in Comparative Politics. - Thelen K., Steinmo S., Longstreth F., eds. Structuring Politics. Cambridge, 1992.

является очевидное обстоятельство: Россия уже не одно столетие является самой крупной страной в мире. Обладание огромной территорией открывает для любого российского правительства доступ к большому объему ресурсов, но в то же время ставит перед ним непростые вопросы - как выстраивать отношения со сложно устроенной, сегментированной по многим основаниям периферией? Как обеспечить единство и как структурировать отечественное политическое пространство в целях контроля над ним?

Так сложилась наша история, что поиски ответа на этот вопрос вплоть до самого недавнего времени шли в рамках имперской системы. Отметим ее основные компоненты:

- сильный военно-политический контроль над периферией;
- отсутствие формальных конституционных процедур, позволяющих регулировать отношения между центром и периферией;
- очень высокий уровень институциональной централизации (прежде всего, в экономической и финансовой сферах);
- отсутствие органических социально-экономических связей между центром и регионами, многие из которых обладают своей собственной этнической, религиозной и культурной идентичностью;
- очень слабая институциональная структура в регионах;
- доминирование авторитарной политической и административной культуры, основанной на дихотомии господства / подчинения и разделяемой как элитными группами, так и рядовыми членами общества;
- общественно-политическое доминирование бюрократии.

В отдельные периоды имперская система могла достигать очень высокой степени военного и политического могущества. Однако не нужно упускать из виду, что структура центр-периферийных отношений в ней носила весьма неустойчивый и подвижный характер. Она определялась неформальными правилами и зависела от наличного баланса сил. В целом ее можно описывать в терминах циклов централизации/децентрализации. Каждый такой цикл имеет своим началом процесс консолидации сильного режима центральной власти, установление сравнительно эффективного авторитарного контроля над периферией. Затем рано или поздно ситуация меняется. Возникающие время от времени кризисы центральной власти ведут к нарушению благоприятного для нее баланса сил. На смену периоду имперской консолидации приходят времена террито-

риальной дезинтеграции, когда ослабленное правительство в имперском центре вынуждено идти на уступки, предоставляя периферии широкую автономию. Такие «смутные времена» становятся временами слабости и унижения центральной власти, под угрозой оказывается целостность государственного пространства. «Русской власти» в прошлом всегда удавалось преодолеть кризисные периоды, вновь обрести силу. По отношению к периферии это означало новый виток рецентрализации, восстановление асимметричного (склоненного в пользу центра) баланса в отношениях между центром и периферией.

В XX столетии Россия дважды проходила через цикл централизации/децентрализации. Первый раз это было связано с последствиями Октябрьской революции. Российская империя в облике «старого («дореволюционного») режима» рухнула. Наша страна вступила в период очередного «смутного времени». Периферия, прежде всего ее этнические составляющие, получает широкую автономию, а некоторые регионы даже используют эту ситуацию для того, чтобы покинуть пределы имперского политического пространства. Однако довольно быстро имперский центр, в своем новом большевистском обличье, восстанавливает авторитарный баланс в отношениях с периферией. Империя вступает в эпоху реставрации. Более того, после окончания Второй мировой войны она достигает невиданного могущества, обретая, вдобавок к внутреннему, пояс «внешней» периферии, включавшей сателлитов в Восточной и Центральной Европе, а также и в Азии.

Впрочем, сравнительно быстро (по меркам исторического времени) маятник русской истории начинает двигаться в обратном направлении. Кризис советской экономической и общественно-политической системы, окончательно созревший в конце 80-х, открывает новый цикл в движении российского политического пространства. Однако, и это является одной из гипотез, предлагаемых в данной работе, постсоветский цикл начинается в условиях, принципиально новых для отечественной системы центр-периферийных отношений.

Дело в том, что кризис центральной власти впервые становится отправной точкой для формирования общественно-политической повестки дня, сформулированной в терминах демократического транзита. Выдвижение постсоветской программы демократизации означало появление сравнительно хорошо артикулированного институционального выбора для постсоветского общества. Особенно важно было то обстоятельство,

что этот выбор появляется в обстановке институциональной неопределенности, когда разрывается инерция институциональной традиции. Складываются условия для того, чтобы демократическая институциональная перспектива перешла из ряда кабинетного теоретизирования в практическую плоскость.

В теории так называемого «исторического институционализма» подобная ситуация определяется как точка «сочленения» (или, если угодно, «перелома») институциональных традиций. В упрощенном виде эту концепцию можно изложить следующим образом. Очевидно, что институциональная традиция, раз сформировавшись, приобретает инерцию, которую очень непросто преодолеть. Пока сохраняется стабильность в рамках устоявшегося *status quo*, любая институциональная альтернатива носит отвлеченный характер. Другое дело, когда вследствие глубоких исторических кризисов инерция разрушается, старая традиция оказывается скомпрометированной, теряет свою жизнеспособность (по крайней мере, на некоторое время). В такой ситуации выбор становится неизбежным, а значит, возникает спрос на институциональные альтернативы.

Однако ситуация институциональной неопределенности не может длиться долго. Общественная система стремится к восстановлению институционального равновесия. Характер и способ его достижения зависят от ряда факторов. Определенное значение имеет рациональный анализ выгод и последствий той или иной альтернативы. Однако в реальной жизни исторический выбор не в меньшей (может быть, даже в большей) степени зависит, во-первых, от степени осведомленности о содержании институциональной альтернативы и, во-вторых, от того, какие ресурсы доступны для институционального строительства. В свою очередь, и то, и другое в значительной степени определяется сложившимся в данном обществе институциональным и социально-культурным наследием. Таким образом, складывается сложная система взаимообусловленности целого ряда социетальных факторов, итогом которой и становится новая институциональная конструкция.

Каждый цикл централизации / децентрализации в российской истории возникает в условиях институционального перелома и неопределенности. Так было и в 1917 году. Однако предложенный в то время проект тоталитарной модернизации, по сути дела, не содержал институционального выбора, который мог бы изменить имперскую традицию. Наоборот, тоталитарная система до предела обострила централизованный ха-

рактер отношений между центром и периферией на отечественном политическом пространстве. В начале 90-х годов ситуация была иной.

В условиях институциональной неопределенности, наступившей после краха советской системы, в качестве основной институциональной альтернативы была предложена программа демократизации. Одним из ее компонентов стала задача переустройства центр-периферийных отношений. Основой и одновременно целью такого переустройства виделась перспектива создания в регионах развитой институциональной структуры. Этот процесс должен был превратить пространство периферии в союз развитых в институциональном отношении, социально и политически самоорганизованных публичных сообществ.

Вряд ли есть нужда подробно обосновывать здесь положение о том, что федеративный проект в современной России находится в состоянии, близком к полному провалу. В этой работе ставится другая задача: предлагается попытка рассмотрения механизма и социальных оснований процесса авторитарной рецентрализации, замыкающего очередной цикл в исторической траектории российского политического пространства.

Структура авторитарной рецентрализации

Крушение советской системы происходило на фоне общественно-политического подъема, который, впрочем, не был подкреплен процессом развития эффективных структур массового политического участия. В этих условиях политическая децентрализация российской периферии привела к концентрации политического влияния в руках ведущих элитных акторов. Практикуемая центром стратегия сделок и компромиссов с региональными элитами, которая должна была обеспечить поддержку периферии верховной власти, развязала руки региональным лидерам. В ходе постсоветской регионализации повсеместно сложились режимы с ярко выраженным доминированием исполнительной власти. Эти режимы пользовались высокой степенью независимости от политического руководства в центре, и к середине 90-х годов они окончательно оформились как доминирующий способ организации политической жизни в российских регионах.

Главным инструментом политического доминирования глав исполнительной власти стала региональная бюрократия. Бюрократизация должна была воспроизвести в условиях каж-

дого отдельного региона уже не раз использованную в российской истории стратегию - предоставление бюрократии контроля над обществом при полном ее подчинении носителю авторитарной власти. Программа построения «губернаторских» режимов требовала консолидации всех ресурсов административной системы данного региона в руках главы исполнительной власти. Это означало подчинение губернаторам не только региональной бюрократии в узком смысле этого слова, но также и распространение их влияния на территориальные подразделения федеральной администрации, а также «приручение» институтов судебной власти. Важным компонентом в программе построения бюрократических кланов было установление контроля над экономическими ресурсами регионов, что должно было обеспечить личное богатство региональных лидеров и создать экономический фундамент их политического влияния. Завершением процесса кланового строительства стало вовлечение в сферу бюрократического влияния структур гражданского (или, вернее сказать, *протогражданского*) общества - университетов, религиозных организаций, объединений предпринимателей, национально-культурных ассоциаций и т.д., а также политических организаций.

Таким образом, можно констатировать: ожидания, связанные с тем, что в контексте российского посткоммунистического транзита удастся разорвать порочный круг циклов централизации / децентрализации, уже к концу первого постсоветского десятилетия следовало считать несостоявшимися. Окно для выбора новых институциональных перспектив закрылось - институциональное сочленение вновь потеряло гибкость. Особенно это было очевидно на региональном уровне. Именно здесь первоначально были восстановлены условия для провала демократической, федеративной регионализации. На уровне центра институциональная неопределенность продолжалась дольше. К концу 90-х, на фоне кризиса позднеельцинского политического руководства и финансового краха августа 1998-го, напряжение между неопределенностью в центре и авторитарной реставрацией в регионах порождает напряжение, которое многие оценивали в терминах кризиса российской государственности.

В 2000 году начался второй этап постсоветской истории - новым Президентом России был избран В.В. Путин. Важнейшей его задачей стало преодоление институциональной неопределенности на уровне центра. В тот момент еще сохранялась возможность сделать институциональный выбор в пользу

одного из вариантов регионализации современного типа. Однако выбор был сделан в направлении сложившейся институциональной колеи - институционального наследия имперской системы. Началась перестройка структуры отношений между центром и периферией в духе авторитарной рецентрализации.

Программа рецентрализации не должна была затрагивать общественно-политических характеристик региональных сообществ. Однако построение «федеральной вертикали» требовало некоторой корректировки режимов на периферии, чтобы подчинить региональных лидеров и бюрократические кланы интересам верховной власти в центре. Речь шла о централизации региональных «авторитаризмов».

Прежде всего, необходимо было изменить политические и административные позиции руководителей регионов. На этом пути центральное руководство добилось существенных успехов - от учреждения федеральных округов и изменения порядка формирования Совета Федерации до упразднения прямых выборов губернаторов и все более распространяющейся практики централизованной ротации губернаторов за счет не связанных с регионами ставленников верховной власти. Однако завершение программы политической централизации требовало большего, а именно: соответствующей трансформации структуры региональных режимов в целом. Рассмотрим несколько более подробно наиболее значимые стороны этого процесса.

1. Важной политической задачей для региональных руководителей в 90-е годы была борьба за контроль над местными парламентами. Она принимала разные формы: определенный характер институционального дизайна, применяемого при оформлении региональных органов представительной власти после упразднения Советов; манипулирование избирательным законодательством и практика масштабных фальсификаций на выборах. Размывание оснований губернаторских режимов в рамках курса на построение «федеральной вертикали» предполагало установление контроля над региональными парламентами. Важным инструментом прямого влияния кремлевского руководства на местные органы законодательной власти должна была стать «партия власти» - «Единая Россия». Формированию однопартийной системы в регионах была оказана поддержка в виде делегирования административного ресурса из центра, изменения избирательного законодательства и т.д. Однако на практике использование только этих ресурсов оказалось недостаточным. Поэтому для решения данной задачи

широко применялись традиционные для регионов клановые схемы формирования legislatur.

Первоначально использование местных «политических машин» ставило центральное руководство в определенную зависимость от региональных руководителей, а выгоды от того, что «Единая Россия» получала в legislaturaх большинство, часто оказывались сомнительными, ввиду отсутствия надежного централизованного политического контроля внутри этой партии. Вопрос о контроле над местными парламентами, как правило, решался не прямо - через депутатские фракции партии большинства, а опосредованно - путем достижения договоренностей с руководителями или элитными группами на местах. Однако к концу второго президентского срока В. Путина централизованный контроль существенно вырос за счет укрепления партийных структур «Единой России» и давления на глав исполнительной власти в регионах.

2. Характер и структура элитного взаимодействия являются еще одним фактором формирования субфедеральных политических режимов в постсоветской России. Формой социально-политической организации региональных элит в 90-е годы стали иерархически устроенные бюрократические кланы, вобравшие в себя представителей бизнес-сообщества и гражданского общества. Основой социального структурирования этих групп явился «постноменклатурный патронат»¹. Путинская общественно-политическая программа, как и в отношении других компонентов региональных режимов, вовсе не имела своей целью изменить глубоко антидемократическую логику внутри-элитного взаимодействия на местах. Задача кремлевского руководства была иной: переориентация постсоветской патронажной системы в интересах режима верховной власти в центре.

Для успешного решения поставленной задачи необходимо было изменить состав региональных элит и скорректировать доминирующую в этой среде ментальность (не затрагивая основы культуры патрон-клиентских отношений). Основой путинского призыва политической элиты как в центре, так и в регионах стали так называемые «силовики». Ментальность, присущая этому «государственному сословию», и особенности карьеры сделали их идеальным инструментом для консолидации власти в руках авторитарного правительства в центре. Однако далеко не во всех регионах эти усилия оказались оди-

¹ Афанасьев М. Российская Федерация: слабое государство и «президентская вертикаль». <http://www.polit.ru/research/2004/10/18/afanasiev.html>, 2004.

наково результативными. Как и в других сферах центр-периферийного взаимодействия, этнические регионы оказывали федеральному руководству ожесточенное и, в целом, весьма эффективное сопротивление.

3. Наконец, важнейшей целью политики путинской команды по отношению к регионам стало установление контроля над электоральными ресурсами российской провинции. Эта задача была необходимым компонентом курса на построение системы «мягкого» авторитаризма в России. Есть основания полагать (учитывая целый ряд как международных, так и внутренних факторов), что уничтожение всяких элементов электоральной политики едва ли входило и входит в планы кремлевского руководства. Тем более актуальной была задача выработать надежный инструментарий манипулирования электоральными процессами.

Электоральный процесс в рамках режима «суверенной демократии» находится под влиянием целого ряда условий. Однако доминирующее значение в структуре электоральной ситуации имеет реализуемая политическим руководством стратегия прямого электорального манипулирования. Верховная власть удерживает в своих руках широкий набор инструментов, позволявших осуществлять электоральное манипулирование: контроль над электронными средствами массовой информации, уничтожение политической оппозиции, изменение отдельных элементов избирательной системы, контроль над судебной системой и т.д. Возрастающую роль приобретают партии власти. Но эти инструменты имеют определенные ограничения на местах. Здесь ведущим агентом электорального манипулирования все еще являются региональные лидеры и подчиненные им бюрократические кланы. Именно в их руках сосредоточены ресурсы, которые позволяют оказывать глубокое влияние на электоральное положение в регионах (фальсификация результатов голосования, подкуп, запугивание избирателей, разного рода провокации и иные незаконные меры, направленные против отдельных участников избирательного процесса и т.п.).

Социальные основания авторитарной рецентрализации

Базовые положения, выработанные современной наукой об обществе, говорят о том, что для своей успешной реализации новые программы институционального строительства, возникающие в точках исторических переломов, требуют

поддержки со стороны определенных форм социальной и культурной организации данного сообщества. Уже к началу 90-х годов в литературе и в рамках более широкой общественной дискуссии сложились определенные представления о ходе успешной демократизации поставлоритарных (прежде всего, посткоммунистических) обществ. В соответствии с этими представлениями социальная и культурная поддержка этого процесса должна исходить от сферы гражданского общества. В связи с этим перспектива развития гражданского общества рассматривалась как необходимая часть программы демократизации в постсоветской России. Многими ожидалось, что освобожденные от гнета коммунистической системы россияне будут действовать в духе свободной, гражданственной самоорганизации общества, которая станет основой устойчивой и эффективной демократии.

В известной степени эти ожидания были подкреплены опытом общественно-политической активности периода перестройки. Однако сравнительно скоро надежда на подъем гражданского общества сменилась разочарованием. Качество постсоветской гражданственности оказалось сравнительно невысоким, неспособным произвести сколько-нибудь развитую структуру общественно-политической самоорганизации.

Некоторые, наиболее очевидные, причины такого положения дел довольно хорошо рассмотрены в существующей литературе. В связи с проблемой слабости гражданского общества в постсоветской России особо акцентируется вопрос о соответствующем социально-культурном и институциональном наследии. Характер этого наследия определяется традицией доминирования государства над обществом, систематически на протяжении многих столетий российской истории разрушавшего любые попытки общественной самоорганизации. Наиболее трагичным проявлением этатистской природы отечественной истории, несомненно, следует считать советский период. Режим коммунистического тоталитаризма стал настоящей социетальной катастрофой. Ее результатом явился крайне высокий уровень атомизации советского общества. На этом фоне слабость посткоммунистического гражданского общества представляется легко объяснимой.

В числе других причин, обусловивших неразвитость гражданской сферы в современной России, можно назвать социально-экономические сложности 90-х годов и провал попытки постсоветской демократизации.

Итак, неуспех программы постсоветской демократизации во многом объяснялся отсутствием развитого гражданского общества. Проведенное исследование вполне убедительно показывает связь между низким уровнем социального капитала и организации гражданской активности в сообществе, с одной стороны, и низким уровнем поддержки демократическим институтом, с другой. Однако эти две социетальные сферы находятся в сложных отношениях взаимозависимости. Неясность и непоследовательность институциональной программы демократического развития в 90-е годы, в свою очередь, стали фактором, подрывавшим основы процесса становления гражданского общества. В 2000-е годы «гибридный» режим «управляемой демократии» начинает все более заметно эволюционировать в сторону «нормальной» (хотя и «мягкой») системы авторитарной политики. Окно институциональной неопределенности закрывается, выбор делается в пользу авторитарного набора общественно-политических институтов. Это означает дальнейшее ухудшение ситуации в сфере гражданского общества. Политическое руководство, как в центре, так и в регионах, предпринимает все более решительные шаги, направленные на усиление контроля над любыми проявлениями самостоятельной общественно-политической активности граждан. Особое значение здесь имеет политика контроля над административной системой и электоральными ресурсами регионов.

Мы уже описывали процесс этого авторитарного наступления в терминах построения институциональной структуры региональных режимов. Здесь вкратце остановимся на социальном контексте этого социетального движения. Прежде всего, следует отметить следующее обстоятельство. Вряд ли можно найти сколько-нибудь убедительные аргументы против установившегося представления, в соответствии с которым постсоветское гражданское общество является крайне слабым. Однако это не означает, что в российском обществе вовсе отсутствует структура социальной организации. Действительно, современное российское общество атомизировано в очень высокой степени. Вероятно, степень его атомизации можно, в определенном смысле, даже считать исключительной. Однако даже и минимально устойчивая общественная система требует некоторого уровня общественной солидарности.

Формальные институты российского общества (как формы социальной организации и социального действия/взаимо-

действия), очевидным образом, не способны генерировать необходимый объем социальной солидарности. В рамках сложившейся в России модели модернизации эти институты носят преимущественно имитационный характер и не выполняют своих номинальных функций (имитация демократии, имитация парламентаризма, имитация федерализма и политического плюрализма и т.д.). Поэтому необходимый в обществе объем социальной солидарности формируется за имитационным фасадом российской модернизации - в рамках неформальных институтов, представляющих собой деформированный в институциональном отношении и даже антисовременный аналог институтов действительно современного общества.

Формами неформальной институциональной организации, которая имеет наиболее существенное значение для понимания социально-культурных оснований российской региональной политики, являются коррупция и патронаж. Именно они представляют собой способы формирования социальных структур, объединяющих в контексте совместного социального действия бюрократов и более широкие слои региональных сообществ. Политические последствия такого способа социально-культурного развития очевидны - оказывая поддержку авторитарной политике, оно подрывает перспективы демократизации.

И, наконец, отметим еще один аспект нашего анализа. Социальное пространство регионов неоднородно. Крупные региональные центры, как правило, более или менее свободны от патронажного влияния элитных групп. Региональная периферия (включая аграрные территории и малые города) находится совсем в другом положении. Общественное взаимодействие здесь протекает в рамках «плотных социальных сетей», когда каналы получения материальных ресурсов, структуры социальной зависимости, а также источники морального и политического авторитета сливаются в единой социальной конструкции¹. На этой социальной основе выстраиваются «политические машины», надежно обеспечивающие результаты электорального манипулирования.

¹ Голосов Г., Шевченко Ю. Независимые кандидаты и зависимые избиратели: влияние социальных сетей на электоральную политику в России. - ПОЛИС, 1999; Звонковский В. Социокультурные факторы административного ресурса в российских провинциях. - Гражданское общество и политические процессы в регионах. Московский Центр Карнеги. Рабочие материалы, №3, 2005.

Заключительные замечания

Подводя итог этого рассмотрения, отметим, что попытка демократической регионализации, поддерживаемая в начале 90-х годов реформаторским правительством в центре и небольшими группами демократических активистов на местах, провалилась. Верховной российской власти вновь удалось осуществить авторитарную централизацию периферии. Стратегия, обеспечившая такой результат, включала программу выстраивания институциональной структуры авторитарной системы центр-периферийных отношений при поддержке негражданственных форм социальной организации.

Оценить последствия такого положения дел непросто. Можно вместе со сторонниками нынешнего политического курса говорить о том, что произошедшие перемены стали спасением от государственной дезинтеграции и в определенной степени повысили эффективность российской государственной машины. Однако не менее очевидным представляется и соображение о том, что этим задача формирования развитой институциональной структуры и социально-культурных оснований современного общества в нашей стране вовсе не отменяется. Просто она оказывается переложенной на плечи следующих поколений россиян, которым, возможно, придется столкнуться с негативными последствиями «отложенной» регионализации современного типа.

ПОСТСОВЕТСКАЯ РОССИЯ СКВОЗЬ ПРИЗМУ ЗАКОНА: КОНЦЕПЦИИ И РЕАЛЬНОСТЬ

Лукьянова Е.Г. -

к.ю.н., доцент, с.н.с. Института государства и права РАН

Наблюдаемое ныне усложнение социальной жизни вызывает повышенный интерес науки к средствам социального управления. Одним из них с незапамятных времен выступает закон - инструмент формализации и стандартизации (упрощения) общественных отношений и связей. В координатах государства (политически-организованного общества) закон используется как универсальный метод преимущественно целевого управления и внутри управляемой (самого общества)

и внутри управляющей (государственного механизма) подсистем. Очевидно сегодня, что эффективность управления государственно-организованным обществом напрямую зависит от адекватности понимания и использования средства этого управления - закона.

Понимание закона все еще продолжает оставаться неоднозначным. Существует огромное количество его определений, являющихся результатом многочисленных исследований, предпринимаемых вот уже не одно столетие. Причин тому много. Главная из них - сложность объекта научных изысканий и нерешенность фундаментальных эпистемологических вопросов. Юридический закон - это социальное явление особого рода, представляющее собой частично продукт бессознательной эволюции, частично сознательного творчества - некий объективно-субъективный континуум. Как и другие социальные явления, имеющие такую двуединую природу, юридический закон требует специальной методологии исследования, которая пока представляется в виде эклектического образования, включающего преимущественно методы позитивизма и «фрагменты» методологии различных социологических теорий (парадигм).

Юридический закон исследуется не только юристами и государствоведами, он с незапамятных времен - объект философских изысканий. С развитием социологического знания юридический закон является предметом постижения различных социологических теорий. Но не только заданная теоретико-методологическая модель исследования оказывает влияние на результаты научных изысканий, они зависят и от целевой установки ученого: какой ракурс, какую сторону этого сложного социального явления и в каких целях хотел высветить исследователь.

Наличествующие в истории государствоведческой и правовой науки многочисленные воззрения на закон можно объединить, как минимум, в две основные группы (теории, учения о законе): формальные и материальные¹. Важно отметить при этом, что такое разделение знаний о законе проводится с высокой долей условности и в методологических целях, поскольку данные теории в определенных аспектах способны продолжать и дополнять друг друга.

¹ Существуют и другие ракурсы исследования юридического закона, а также обыденное его восприятие. Соответственно, имеются и иные воззрения на закон. Так, закон часто отождествляют с позитивным правом вообще или только с писанным правом. Закон рассматривают как форму или вид права, как этап в развитии права и проч. Мы их пока оставляем без рассмотрения.

Общей чертой всех моделей восприятия закона в материальной теории являются попытки придать закону какие-либо содержательные характеристики (очертить какое-либо содержание закона) в противовес воззрению, не признающему в законе никакого особенного содержания, кроме как воли (произвола) органов государственной власти (лиц, распоряжающихся полномочиями государственной власти). В истории политико-правовых идей материальная теория закона формируется двумя уровнями, взаимно развивающими друг друга.

Первый содержательный уровень материальных воззрений на закон представлен ценностными (философскими) трактовками закона. Назовем их материально-ценностными (содержательно-ценностными). Традиции ценностного восприятия закона проходят через всю историю европейской политико-правовой мысли и восходят к трудам античных мыслителей: Платона, Аристотеля и Цицерона, утверждавших необходимость соответствия человеческих законов предустановленной в природе справедливости, объективной необходимости, божественному порядку¹. В Средневековье ценностные представления закона развиты в работах Фомы Аквинского, признававшего силу закона только за тем постановлением, которое само в себе справедливо,² и Марсилия Падуанского, видевшего цель человеческого закона в правде и общем благе³.

На ранних этапах человеческой истории и вплоть до формирования абсолютных монархий закон, чаще всего, воспринимается как проявление божественного закона, как закономерность, как незыблемый и справедливый порядок отношений, который не может быть изменен произвольным волеизъявлением людей, включая волю правителя⁴. Уровень развития общества и государственности таков, что складывающиеся

¹ См.: История политических и правовых учений. / Под ред. В.С. Нерсисянца. - М., 2006. С. 63, 68, 69, 89-91.

² См.: История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение. / Отв. ред. В.С. Нерсисянца. - М., 1986. С. 36-37; Чичерин Б.Н. Политические мыслители древнего и нового мира. - СПб., 1999. С. 56-62.

³ См.: История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение. С. 49; Чичерин Б.Н. Указ. раб. С. 95.

⁴ См.: Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. Т. 1. Конституционное право. - СПб., 1908. С. 427-442; Хаек Ф. Право, законодательство, свобода. - М., 2006. С. 100, 101; Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. - М., 1998. С. 512; Исаев И.А. Метафизика власти и закона. - М., 1998. С. 24, 40, 42. В Великобритании такое представление о законе (праве) сохранилось и поныне. См., например, Виноградов П.Г. Господство права. - М., 1911, Берман Г. Дж. Указ. раб. Исключением выступает школа софистов, утверждавших, что государственные законы устанавливаются сильнейшими для их собственной выгоды. (См.: Чичерин Б.Н. Указ раб. С. 7).

структуры управления закрепляют естественно сформировавшиеся целесообразные правила поведения. Закон в этот период, говоря современным языком, - отражение результатов самоорганизации общественной системы, наиболее эффективных и целесообразных правил поведения. Свидетельством тому выступают первые законодательные памятники в истории человечества, являющие собой письменное оформление сложившихся правил социального порядка (обычаев).

Лишь позже, с развитием и укреплением государственной власти и расширением законодательной функции государственных органов, активнее развиваются представления о законе как частично продукте человеческой воли. Но и в этот период, и в последующие политико-правовая мысль настойчиво и убедительно очерчивает ценностные критерии и требования к содержанию закона. В Новое время такие критерии выводились из представлений о естественных правах и свободах¹. Философско-правовая мысль содержательные критерии качества закона находила в его соответствии праву, в основу которого классиками немецкой философии положена идея свободы².

Материально-ценностные модели восприятия закона занимают прочные позиции и в русской политико-правовой мысли, развивавшейся под явным влиянием европейской. В подготовленном Екатериной II «Наказе» Комиссии для составления проекта нового Уложения сформулированы положения, указывающие на содержательно-ценностное понимание самодержавной Императрицей существа закона и, что очень важно, осознание ею связи между содержанием закона и его ненарушимостью (исполнимостью): «Для нерушимого сохранения законов надлежало бы, чтобы они были так хороши и так наполнены всеми способами, к достижению самого большого для людей блага ведущими, чтобы всяк, несомненно, был уверен, что он ради собственной своей пользы стараться должен сохранить нерушимые сии законы. И сие то есть самый высочайший степень совершенства, который достигнуть стараться должно»³. Четко определена Екатериной II и сфера действия закона: он, как частично продукт человеческой воли,

¹ См.: Чичерин Б.Н. Указ. раб. С. 233, 298.

² История политических и правовых учений. / Под ред. В.С. Нерсесянца. С. 506-510; Кант И. Метафизика нравов. - М., 2007. С. 62-88 и др.; Гегель Г.Ф. Философия права. - М., 1990. С. 247-257 и др.

³ Наказ Императрицы Екатерины II, данный Комиссии о сочинении проекта нового Уложения. - СПб., 1768. С. 101.

не должен вторгаться в сферу действия обычного права, стихийно сложившегося и эволюционирующего справедливого порядка общественной жизни: «Когда надобно сделать перемену в народе великую к великому оному добру, надлежит законами то исправить, что учреждено законами, и то переменять обычаями, что обычаями введено. Весьма худая та политика, которая переделывает законами то, что надлежит переменять обычаями»¹.

Ценностным ориентиром в русском законоведении XIX века выступает метафизическое понятие правды, охватывающее проявления истины, справедливости, равенства, божественной воли, добра, нравственного долга, состояние порядка и солидарности в общественной жизни. Власть верховная (законодательная), пишет М.М. Сперанский, посредством законов возвещает правду и долг ее в порядке общежительном². Таковую же мысль высказывает другой выдающийся русский законовед К.А. Неволин: «Закон по существу своему есть 1) вообще правда <...> 2) определеннейший образ бытия правды в существах к ней способных, суть обязанности и права; почему обязанности и права составляют определеннейшее содержание закона. Для этого содержания закон 3) служит формою»³. Правда у Б.Н. Чичерина, раскрывающаяся через начало справедливости и равенства, - это разумное начало, которым руководствуется законодатель, разграничивая области свободы отдельных лиц⁴.

Идеи свободы, справедливости, формального равенства, общего блага, в том или ином виде положенные в основу трактовки права в русской философско-правовой мысли начала XX века, - ценностные ориентиры для создания законов (В.С. Соловьев, А.С. Ященко и др.). Философские (ценностные) интерпретации закона (правового закона) продолжены в развиваемой ныне в России либертарной теории, определяющей правовой закон как общеобязательную систему норм равенства, свободы и справедливости⁵.

Описание содержательно-ценностных моделей восприятия закона, сформировавшихся в истории политико-правовой мысли, можно было бы продолжить (перечень их гораздо

¹ Наказ Императрицы Екатерины II, данный Комиссии о сочинении проекта нового Уложения. - СПб., 1768. С. 104.

² См.: Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. - М., 2002. С. 53.

³ Неволин К.А. Энциклопедия законоведения. - СПб., 1997. С. 33.

⁴ См.: Чичерин Б.Н. Философия права. // Избранные труды. - СПб., 1998. С. 70 и сл.

⁵ См.: Нерсесянц В.С. Философия права. - М., 2003. С. 39.

более широкий, нежели представленный нами), однако ориентиры, которые мы попытались высветить, ясны: человечество всегда стремилось укоренить представление об ограниченности государственной власти (полномочий органов государства), необходимости соотносить законодательную деятельность с высшими ценностями. Несмотря на то, что очертить однозначные материально-ценностные критерии содержания закона мыслителям так и не удалось, а самое главное - определить четкие механизмы, обеспечивающие их выявление в процессе законодательства, тем не менее, отвергнуть их, значит содействовать девальвации объективных функционально-целевых свойств закона. А это угрожает разложением режима законности в стране, следовательно, прочности и единству государственности. История свидетельствует, что и сам законодатель (за редким исключением тираний и деспотий) сознательно или бессознательно стремился согласовывать законодательствование с представлениями о законе как чем-то большем, чем его воля (произвол). Конституционное законодательство и законодательная практика многих стран и сегодня исходят из материального понимания закона.

Второй уровень материальной теории представлен учением, которое назовем материально-юридическое (содержательно-юридическое). Нетрудно заметить непосредственную связь между развитием материально-юридических воззрений и попытками создания механизма выявления и юридической конкретизации материально-ценностного содержания закона. Согласно этому учению, закон есть акт, содержащий общую абстрактную норму - четкое и определенное правило поведения общего характера, регулирующее общественные отношения через установление взаимных прав и обязанностей. Такое содержание закона позволяет ему быть формой и основанием динамики правоотношений между субъектами права (гражданами, организациями, органами государственной власти) и ориентирован он (закон) на определенную цель - реализацию, посредством формализации общественных структур и связей, деятельностного, функционального аспекта существования политически-организованного общества (государства).

Существенным качеством закона в этом учении признается заложенная в понятие нормы общность - распространенность на неопределенное и неограниченное число случаев данного рода и на все случаи данного рода (в рамках того иного рода отношений, закон должен быть общим, одинако-

вым). Общий характер закона означает также, что он распространяется на конкретно неопределенных субъектов (безличность, абстрактность). Другими словами, закон не имеет отношения ни к определенному случаю, ни к определенному лицу или объекту.

Сущностно присущая закону общность имеет объективные основания в постоянстве общественных отношений, их необходимости, типичности, сходстве, повторяемости, закономерности, соответствии общественным интересам, нравственным основам, ценностным установкам людей, то есть «нормальности» (отсюда - норма), «правильности», в одобрении и признании этих отношений со стороны общества и направлена на стабилизацию и укрепление данного состояния посредством эффекта управляющего воздействия. Но не следует этот признак понимать превратно. Закон может распространяться и на редко возникающие или даже единичные случаи, в силу чего может сложиться мнение, будто закон регулирует определенное и ограниченное число случаев. Однако оно будет неверным, так как общность закона означает, что даже единичные случаи, если они возникнут вновь, будут урегулированы одинаковым образом. Общность закона обуславливает его стабильность и постоянство: закон переживает свое действие, не исчерпывается исполнением и действует в течение длительного времени. К сказанному надо добавить, что общность как условие управленческой действенности (результативности) закона в сложной социальной системе - государстве, требует своей системной реализации в законодательстве.

Крайним воззрением в разбираемом учении, являющим результат абсолютизации качества общности, выступают представления о законе, уподобляющие его закону в научном смысле. Моменты сходства, единства юридического закона и закона в научном смысле подмечались мыслителями во все времена. В древнегреческой философии первоначало всех вещей и Космоса («апейрон») обеспечивает порядок, строй, структуру мира и Закон (закономерности), питающий все человеческие законы¹. Российский правовед З.А. Горюш-

¹ См.: Исаев И.А. Метафизика власти и закона. С. 24, 40. Так, Анаксимандр и Гераклит утверждали, что человеческие законы питаются единым божественным Законом: "Ибо все человеческие законы зависят от одного божественного: он простирает свою власть так далеко, как только пожелает, и все ему довлеет и (все) превосходит". (См.: Фрагменты ранних греческих философов. Ч. 1. От эпических космогоний до возникновения атомистики. - М., 1989. С. 197. Цит. по Исаеву И.А. Метафизика власти и закона. С. 24).

кин материальные признаки закона видел в его постоянстве и неизменности¹. Немецкий ученый Цительман считал, что юридический закон, подобно закону в научном смысле, есть утверждение известных последствий при наличии известных условий². Отечественный правовед Ю.С. Гамбаров в качестве материальных признаков юридического закона, объединяющих его с понятием закона в научном смысле, указывает, помимо общности, признак необходимости³. Терминологическое совпадения закона юридического и закона в научном смысле не случайным считает Ю.А. Тихомиров: «Термин «закон» в философской науке характеризует объективно существующие закономерности, а в юридической литературе - политико-юридическое опосредование и нормативно-обязательное отображение этих закономерностей»⁴.

Представленные воззрения, конечно же, не лишены рационального начала. Юридический закон объединяет с законом в научном смысле то, что он суть отражение, и вместе с тем фрагмент (звено) социального (социетального⁵) закона (закономерности), который при этом следует отличать как от динамического закона, выражающего жесткую однолинейную детерминацию, так и от чисто вероятностных закономерностей. В некотором роде он занимает промежуточное положение. Социальные (социетальные) законы - вид закономерностей развития сложных самоорганизующихся систем, - есть выражение сверхсложной многофакторной структуры взаимосвязей (внутри них складывается определенная иерархия взаимозависимостей, выделяются так называемые параметры порядка, влияющие на динамику иных взаимосвязей и сами возникающие в результате взаимосвязей), циклически детерминированных (когда не только следствие зависит от причины, но и наоборот), зависимых от случайных, в том числе субъективных, обстоятельств и микроизменений, недоступ-

¹ Под словом “закон”, в отличие от “учреждения” и “указа”, “разумеются все те установления, которые ни в какое время не могут переменяться”. См.: Горюшкин З.А. Руководство к познанию российского законоискусства. Т. 1. - СПб., 1811. С. 75.

² См.: Zittelman. Irrthum und Rechtsgescheft. 1879. С. 202 и сл. Цит. по Гамбарову Ю.С. Гражданское право. Общая часть. - М., 2003. С. 256.

³ См.: Гамбаров Ю.С. Указ раб. С. 241.

⁴ Тихомиров Ю.А. Теория закона. - М., 1982. С. 27.

⁵ Понятие “социетальное”, заимствованное отечественной социологией из западной, используется, когда речь идет об обществе в целом, о взаимодействии всех его сторон - экономической, социальной, политической и др., тогда как понятие “социальное” употребляется в более узком смысле как обозначение человеческих взаимосвязей и взаимодействий. См.: Социология. Основы общей теории. С. 82, 884.

ных для непосредственного наблюдения¹. Однако эта сложная проблема - тема для самостоятельных изысканий. Вернемся к материально-юридическому содержанию закона.

С качеством общности закона напрямую связаны иные его качества взаимно предполагающие друг друга: осуществимость (исполнимость, реализуемость) и обязательность для исполнения (исполняемость, ненарушимость). Осуществимость - потенциальная возможность реализации закона, обусловленная необходимостью адекватного (правильного) установления юридического содержания закона: правил поведения общего характера, определяющих права и обязанности, и его (содержания) системного воплощения в законодательстве. Обязательность закона, то есть исполняемость, ненарушимость - требование и фактическое состояние реализованности юридического содержания закона.

Именно общностью и абстрактностью юридического содержания закона предопределены его осуществимость и обязательность для исполнения², а не только принудительным характером действий государственных органов в случае его нарушения. Закон обязателен для исполнения (следовательно, исполним и ненарушим) всеми субъектами права, включая государственные органы и должностных лиц, в силу того, что он есть общее абстрактное правило поведения, воспроизводящее закономерности общественной жизни (социетальные закономерности) с целью обеспечения эффективности управления государственно-организованным обществом. И будучи таковым, он получает коллективное признание и одобрение в обществе.

Стало быть, не закон принудителен, как кажется на первый взгляд. Принудительная деятельность, как и всякая другая, органов власти государственно-организованного общества, требует облачения в форму закона. Напомним, закон - это универсальный способ формализации общественных связей, включая механизм (подсистему управления) государственно-организованного общества. Иначе едва ли можно было бы объяснить активное использование закона для оформления организации и деятельности государственного аппарата и

¹ Рузавин Г.И. Философия науки. - М., 2005. С. 223, 228; Капица С.П., Курдюмов С.П., Малинецкий Г.Г. Синергетика и прогнозы будущего. С. 36; Хакен Г. Самоорганизующееся общество. // Будущее России в зеркале синергетики. С. 196.

² Эта идея была высказана Ю.С. Гамбаровым. См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С. 255.

политической системы в целом и обязательность закона для их субъектов. Закон не суть произвольное распоряжение органов государственной власти, обеспечиваемое принуждением, распоряжения органов государства, дабы не быть произволом, должны быть облечены в форму закона. Так, неслучайно при первом появлении законодательства государственных органов, справедливо отмечает Ф. Хаек, область закона и область публичного права совпадают¹ - закон как акт государства служит регулированию организации и деятельности политической власти, организации взаимоотношений носителей полномочий государственной власти с обществом, тогда как иные общественные отношения регулируются системой стихийно сложившихся правил и норм².

В понимании закона как общей и абстрактной нормы заключается глубокий смысл и раскрывается функционально-целевое назначение этого социального явления. Закон в таком качестве представляется средством «снятия» сложностей системы государственно-организованного общества в целях обеспечения ее управляемости и стабильности функционирования, механизмом фиксации закономерностей общественного развития, нормального состояния и течения общественных отношений. Закон также выступает орудием упорядочения отношений внутри управляющей подсистемы, обеспечения ее подконтрольности и, следовательно, инструментом преодоления произвола со стороны органов государственной власти, минимизации субъективного момента в их функционировании, в том числе в процессе законодательства.

Вторая группа имеющих в юридической науке воззрений на закон представлена формальной теорией. Формальная теория закона акцентирует внимание на его внешних признаках и свойствах - это источник и порядок установления закона, - и игнорирует его содержание. Исторически эта теория появляется позже материальной, являясь следствием ее критики, и в силу своей простоты получает распространение и признание. Тенденция формализации, как понятия закона, так и его самого, связанная с развитием представления о нем как продукте человеческой воли, которое, в свою очередь, обусловлено процессами ускорения общественного развития

¹ См.: Хаек Ф. Право, законодательство, свобода. - М., 2006. С. 531.

² По терминологии Ф. Хаека: закон - это "правила организации", в отличие эволюционно сложившихся правил справедливого порядка (обычаев). См.: Хаек Ф. Указ. раб. С. 143-163.

и усилением сознательного начала, укрепления государственности и расширения законодательства, продолжается и ныне. Многие юристы предлагали и предлагают отказаться от материального понимания закона в пользу формального.

Воззрения на закон, образующие формальную теорию, представлены двумя основными позициями. В самом широком, обширном смысле закон определяется как любой акт, исходящий от аппарата государственной власти, причем независимо от какого органа. В узком смысле слова, который чаще всего развивается представителями науки государственного (конституционного) права, закон есть акт, исходящий лишь от верховного и компетентного органа государственной власти. В абсолютных монархиях это монарх, в конституционных государствах - орган народного представительства. Особо выделяется в рамках узкого подхода конституционное понимание закона как акта высшей юридической силы, принятого высшим органом государства (органом народного представительства) в заранее установленном порядке и определенной форме. Последнее, принадлежащее конституционному праву представление о законе тесно связано с развитием материальной теории, так как установление круга компетентных субъектов и особого порядка принятия закона (исторически они меняются) в значительной мере вызвано попытками обусловить какое-то особое содержание закона, отличное от произвола органов государственной власти.

В форму закона, по мнению сторонников формальной теории, может быть вложено любое содержание, любое волеизъявление (произвол) лиц, распоряжающихся полномочиями государственной власти, - государственно-властное распоряжение. Чаще всего это общие абстрактные нормы. В качестве государственного волеизъявления могут выступать предписания, рассчитанные на частные единичные случаи или адресованные конкретным субъектам. Это могут быть также положения, не являющиеся нормами и даже предписаниями. Последний случай охватывает так называемые законы-декларации, законы-заявления, законы-лозунги, законы-манифесты и проч. Государство активно использует эти виды законов. По своему телеологическому измерению они принципиально отличаются от законов, содержащих какое-либо предписание (повеление). Назначение таковых законов, писал в 1930 году П.И. Стучка, служить «формой пропаганды», практически воплотить их в жизнь не всегда

возможно¹. Особенно активно лица, распоряжающиеся государственной властью, пользуются такими законами в периоды политической нестабильности, и цель их использования - получить народную поддержку проводимой политики.

Временный, конъюнктурный характер таких законов весьма обстоятельно показал патриарх пропагандистской формы законодательства В.И. Ленин, актуальность слов которого и поныне высока: «В свое время были нужны эти декларации, заявления, манифесты, декреты. Этого у нас достаточно. В свое время эти вещи были необходимы, чтобы народу показать, как и что мы хотим строить, какие новые и невиданные вещи. Но можно ли народу продолжать показывать, что мы хотим строить? Нельзя! Самый простой рабочий в таком случае станет издеваться над нами. Он скажет: «Что ты все показываешь, как ты хочешь строить, ты покажи на деле - как ты умеешь строить. Если не умеешь, то нам не по дороге, проваливай к черту!» И будет прав»².

Таким образом, чтобы строить, а не только показывать, как строить, то есть оформлять деятельностный, функциональный аспект существования государственно-организованного общества, по-видимому, необходимы другие законы. Законы, имеющие определенное содержание.

В этой связи конституционная практика, законодательство и наука в большинстве конституционных государств пришли к пониманию и утверждению принципа совпадения закона в формальном (конституционном) и материальном смысле. Как утверждал С.А. Котляревский, сформулировавший этот принцип, за формальным (конституционным) разграничением законов сознательно или бессознательно всегда стоит материальный признак³. Формальные (конституционные) признаки закона - особый состав субъектов и порядок принятия, позже сформировавшаяся система судебного (конституционного) контроля - призваны служить гарантией для выявления материального содержания закона в процессе его создания.

Системный кризис российского общества, включая механизм (подсистему) управления, приобретший в последние несколько десятков лет перманентный характер, циклически

¹ См.: Стучка П.И. Революция и революционная законность. // Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. - Рига. 1964. С. 477.

² Ленин В.И. Полн. собр. соч., 5-е изд. Т. 44. С. 169.

³ См.: Котляревский С.А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских основных законов. - М., 2003. С. 216.

детерминирован, в том числе, состоянием дел в законодательствовании. Постсоветская государственность в этом отношении представляет неоднозначную картину. С одной стороны, достигнуты значительные успехи по сравнению с предшествующим периодом: Конституция РФ 1993 года закрепила ценностный (естественно-правовой) критерий содержания законов: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием» (ст. 18). Более того, за прошедшие годы были предприняты реальные шаги по «наполнению» естественно-правовым содержанием текущего законодательства. Изменения, в первую очередь, коснулись конституционного законодательства, что выразилось в развитии демократических принципов устройства и функционирования Российского государства. Радикально обновлено российское законодательство по правам человека, гражданское, уголовное, административное, процессуальное законодательство, законодательство о судеустройстве и др. Проведенные по ряду законов экспертизы Совета Европы и Европейского Суда подтвердили их соответствие европейским стандартам по правам человека¹.

Однако эти шаги часто не были системными и сразу же натолкнулись на трудности юридической конкретизации ценностного содержания закона. Вырисовывается другая сторона постсоветского законодательствования: удручающая картина «подмены» предмета законодательной деятельности.

Общность как сущностное материально-юридическое качество закона характеризует далеко не всякий «закон», из закона выхолащивается материально-юридическое содержание, девальвируется идея общности закона.

Обрисовывая сложившуюся ситуацию в постсоветском законодательствовании в 1995 году, В.С. Нерсесянц отмечал такие явления, как «бездействие общих правовых принципов и норм, разноречивость и противоречия между различными нормативными актами, корпоративный, «сословно-цеховой» характер различных правомочий и статусов, доминирующая роль особых прав-привилегий, специальных правовых режимов,

¹ Подробнее см.: Лукьянова Е.Г. Глобализация и правовая система России. Основные направления развития. - М., 2006. С. 10-33.

разного рода правовых исключений и льгот - в пользу отдельных лиц, групп, профессий, социальных слоев и территорий»¹. Не лучше выглядела ситуация и с формальными качествами закона. В период господства так называемого «указного права» обесценивается конституционное понимание закона, идея его высшей юридической силы.

Такой закон не только не способен обеспечить эффективность управления государственно-организованным обществом, в силу того, что не снимает, а, напротив, умножает сложности управляемой системы - детерминируя и обостряя процессы социальной дифференциации, но и расшатывает глубинные основы правопорядка (правосознание), ослабляет саму подсистему управления. Закон - есть связующее начало государственной жизни, писал Б.Н. Чичерин, но при том условии, что он устанавливает общие для всех нормы и одинаковые для всех способы приобретения прав². Гражданская разобщенность, потеря идеологических ориентиров, недоверие и враждебность, в первую очередь, к государственным органам - следствие законодательного партикуляризма³.

За прошедшие годы ситуация менялась, но не всегда в лучшую сторону. Степень общности закона и вытекающие из нее качества коррелируют уровню стабильности общественной системы. Процессы самоорганизации общества, а также потребности укрепления единства власти и целостности государства обусловили повышение требований к содержанию создаваемых законов. Однако политическая практика и сейчас отрицает юридическое содержание закона как необходимый его признак.

Государственные органы (а точнее, лица, в них занятые) также активно используют пропагандистские формы законодательства - законы - лишенные юридического содержания (не содержащие указание на права и обязанности либо механизмы их реализации и ответственности) и особенно в периоды предвыборных кампаний⁴. Это законы-декларации,

¹ Закон в переходный период: опыт современной России («круглый стол» журнала). // Государство и право. 1995. №10. С. 36.

² См.: Чичерин Б.Н. Философия права. // Избранные труды. С. 195, 73.

³ Эта проблема напрямую касается острого вопроса о законности (правомерности) приобретенных в тот период субъективных прав, в частности, права собственности. Часто звучащие упования на священство и неприкосновенность частной собственности если и могут быть приняты, то лишь в том случае, если способы ее приобретения являлись законными, то есть равными и одинаковыми для всех.

⁴ Такую пропагандистскую направленность имеют, на наш взгляд, так называемые национальные проекты, представляющие не что иное, как реализуемые во всех государствах основные его функции.

как отмечалось, они выполняют идеологическую пропагандистскую роль, регулятивный эффект их невысок. Безусловно, идеологическую функцию в том или ином объеме, в том числе, путем законодательства, надлежит выполнять любому государству. Вопрос лишь в том, в каком объеме (в каком соотношении с регулятивной функцией) и чьи интересы при этом выражаются: государственно-организованного общества, или лиц, распоряжающихся государственной властью.

Порочная практика неграмотного выражения материально-юридического содержания закона - нечеткость и неопределенность сформулированных в нем правил, - породила еще более порочное явление - «произвол» судов (и других правоприменительных органов) в вопросе толкования законов, причем на самом высоком уровне. «Заказное», конъюнктурное нормативное и индивидуальное толкование законов - нередкое явление нынешней действительности, неизвестное и советскому тоталитаризму¹. Это прямое посягательство на принцип верховенства закона. Ситуация обостряется тем, что не существует юридических способов преодоления «порочного» судебного толкования законов².

Продолжает практиковаться широко распространенный прием вредной практики формулирования материально-юридического содержания закона - отсылка к нормативному акту органа исполнительной власти, произвольно определяющему порядок реализации норм закона, который, как правило, сводит результативность их действия к нулю.

Неисполнимость (неосуществляемость) и неисполняемость закона - бич современной российской государственности и свидетельство патологии системы управления, вызваны выхолащиваем материально-юридического содержания закона, в частности, отсутствием нормативных механизмов реализации норм, норм об ответственности за нарушение, норм регламентирующих организацию деятельности по реализации от-

¹ О порочной практике интерпретации судами ст. 31 Жилищного кодекса РФ интервью П.В. Крашенинникова “Новой газете”. / Новая газета. №30 (1250). С. 2.

² Согласно буквальным формулам Конституции РФ (ст. 125) и №1-ФКЗ “О Конституционном суде Российской Федерации” (ст. 3) в компетенцию Конституционного суда РФ не входит рассмотрение дел о соответствии Конституции РФ актов нормативного судебного толкования. Несмотря на то, что практика деятельности Конституционного суда РФ исходит из более широкого толкования его компетенции, и Конституционный суд РФ рассматривает дела на предмет неконституционности нормы закона в смысле придаваемого ей официальным и иным толкованием и сложившейся правоприменительной практикой (ст. 74 ФКЗ), в ряде случаев обжалование “порочных” актов толкования невозможно. Других механизмов преодоления этой ситуации нет.

ветственности и проч. Неудивительно, что законы массово не соблюдаются и не используются. Общество справляется самоорганизационными механизмами. Если закон суть произвольное решение законодателя, подчинен партикулярному интересу и принципу целесообразности, теряется не только качество его ненарушимости (обязательности), сама идея ненарушимости закона затушевывается, и разовыми карательными санкциями ситуацию не исправить.

Усугубляется положение и высокой нестабильностью законодательства. Общность закона суть форма воспроизведения социальной необходимости, закономерностей общественного развития, обуславливает относительную устойчивость и постоянство законодательства. Изменение законодательства должно отражать объективную динамику общественной жизни. Вряд ли этим можно объяснить причины активности российского законодателя, принимающего около трехсот законов в год, подавляющая часть из которых - это законы об изменениях и дополнениях в ранее принятые законы¹. Причины в том, что закон продолжает оставаться произвольным, субъективным установлением лиц, распоряжающихся и влияющих на распоряжение государственной властью.

Центральная проблема - неадекватное и своекорыстное понимание и использование со стороны лиц, которым общество доверило распоряжение государственной властью, самой идеи законодательства как универсального способа формализации общественных связей, включая подсистему управления государственно-организованного общества. Закон не просто не обязателен для исполнения государственными органами (занятыми в них лицами), государственный аппарат в России существует вне поля закона. Законодатель избегает необходимости принимать адекватные законы, упорядочивающие властную деятельность государственных органов и должностных лиц, их взаимоотношения с гражданами, осуществление общественного контроля за этой деятельностью (открытость), ответственность перед гражданами. Речь идет о процедурно-процессуальных формах, процедурно-процессуаль-

¹ По данным доклада Совета Федерации Федерального Собрания РФ "О состоянии законодательства Российской Федерации в 2006 году", в 2006 году было принято 277 законов, из которых только 73 вновь принятые законы, 192 законы об изменениях в уже действующие законы (69,31%). По сравнению с предыдущими годами общее количество принятых в год законов и соответственно процентное отношение к ним законов об изменениях практически не изменилось (в 2005 году принято 236 законов, 65,79% - законы об изменениях в ранее принятые законы, в 2004-228 законов, 69,49% - законы об изменениях в ранее принятые законы).

ном законодательстве, развитость которого характеризует степень развития государственности.

И наоборот. Неизбежное усложнение государственного механизма (аппарата) и усиление роли субъективного момента в его функционировании, во избежание деструктивных тенденций, объективно требуют расширения целенаправленного управляющего воздействия на его систему - законодательной процедурно-процессуальной регламентации его деятельности. Юридическая наука уже более ста лет назад сформулировала, а практика развитых стран воплотила в жизнь, аксиому: степень эффективности (качество) деятельности государственных структур напрямую зависит от ее оптимальной процедурно-процессуальной регламентации.

Наука конституционного права, преломив эту аксиому к законодательствованию, сформулировала принцип совпадения формального и материального признаков закона: качество закона (соответствие своему материальному содержанию) зависит, в том числе, от оптимальной процедурно-процессуальной регламентации порядка его принятия. Нарушение этого принципа в современной российской практике проявляется не только в том, что в форму закона облачается произвольное содержание, но и в дефектности самих формальных признаков закона, они всецело располагают к произвольной трактовке его содержания. Российское законодательство (Конституция РФ) регулирует законодательный процесс в самых общих чертах. Регламент Государственной Думы допускает форсированное принятие законов (сразу в трех чтениях), нормативная обязательность проведения научных экспертиз по законопроекту отсутствует, не востребована практика обсуждения законопроектов общественностью и проч.

Таковы лишь отдельные штрихи, рисующие богатую и пеструю картину постсоветского законодательствования. Но они с очевидностью свидетельствуют о том, что российская законодательная практика, к сожалению, часто не отвечает сложившимся материальным воззрениям на закон. И формальные критерии, как видим, нередко игнорируются. Лица, которым общество доверило распоряжение государственной властью, склонны руководствоваться произвольными представлениями о законе. Однако от того, какое из рассмотренных воззрений на закон господствует в политико-правовом сознании законодателя и других лиц, осуществляющих государственную власть, напрямую будет зависеть состояние дел в области

законодательствования в частности, в системе государственного управления обществом в целом.

Историческая практика показывает, что стабильность и устойчивость сопровождается развитием тех государств, в которых имеет место адекватное восприятие и использование закона как инструмента управления обществом, имеющего определенные содержательные и формальные качества, в которых «закон - владыка над правителями, а они его рабы».

НОВЫЕ ПОДХОДЫ К ТОЛКОВАНИЮ ПРИНЦИПА САМООПРЕДЕЛЕНИЯ НАРОДОВ И НАЦИЙ

Савенко О.Е. -

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

*История засорена обломками государств,
которые пытались совместить различные этнические,
лингвистические либо религиозные группы в пределах одной
верховой власти.*

Артур Шлезингер-младший

Принцип права народов на самоопределение появился относительно недавно - в конце 19-го века. Лозунг о праве наций на самоопределение родился в англоязычной среде и отражал право населения каждой обособленной колониальной территории на его самоорганизацию, самоуправление и саморегулирование. Понимание этого принципа постоянно изменялось. Ныне оно подразумевает, что право создать независимое государство имеют отнюдь не народы, а отдельные территории.

Первым государством, которое объявило о своей приверженности принципу национального самоопределения, стала Советская Россия. Чуть позже аналогичный принцип был провозглашен президентом США Вудро Вильсоном. Результатом ленинской политики стало образование независимых Финляндии, Польши и стран Балтии (иные части бывшей Российской империи, заявившие о своей независимости - например, Грузия и Армения - в скором будущем независи-

мость утратили). В свою очередь, Вильсон декларировал это право на Версальской мирной конференции, которая подводила итоги Первой Мировой войны, в результате которой прекратили свое существование четыре империи - Российская, Германская, Австро-Венгерская и Османская. В обращении к Лиге в поддержку мира 27 мая 1916 года он сказал: «Мы верим в следующие фундаментальные положения: прежде всего, что каждый народ имеет право выбирать, под чьим суверенитетом он хочет жить»¹. Позднее, обращаясь к сенату, он заявил: «Не может и не должно сохраняться мирное положение, которое не признает и не принимает тот принцип, по которому правительства получают всю свою власть благодаря согласию народа, и нигде нет права передачи народов из-под одного суверенитета другому, как собственность»². В конце 1916 года британский поверенный в делах в США передал американскому государственному департаменту меморандум, в котором рекомендуется проводить общую политику временного признания представительных органов малых народностей, ранее являвшихся частями Российской империи, с целью усиления их сопротивления немецкой оккупации. В то же время германское правительство не возражало против самоопределения национальных меньшинств, допуская, что такая политика служила бы подрыву неоднородной Британской империи скорее, чем Германии³.

Вильсон считал право наций на самоопределение универсальным рецептом против будущих войн. Однако он не утверждал, что все народы должны отделяться - Вильсон лишь призывал к лучшему качеству государственного управления и большей автономии меньшинств, считая образование нового государства лишь крайним случаем. История показала, что этим надеждам не суждено было сбыться.

Вторая мировая война вновь до неузнаваемости изменила карту мира, но принцип самоопределения повлиял на эти изменения лишь в очень незначительной степени. В период образования ООН началась интенсивная разработка международных правовых документов. Появление этих документов было стимулировано свежими воспоминаниями о Нюрнбергском процессе, который стал первым прецедентом верховенства международных норм над внутренним законодательством страны.

¹ U.S. Congressional Record, Volume 53, Part 9, 8854.

² Volume 54, Part 2, 1742.

³ Sureda, The Evolution of the Right of Self-Determination. С. 20-21.

Значительные трудности возникли, однако, при работе над Уставом ООН: различия во мнениях особенно проявились относительно употребления терминов «народ», «нация» и «государство». Окончательная формулировка была следующей: «...[термин] «нации» используется применительно ко всем политическим образованиям, государствам и негосударствам, в то время как [термин] «народы» относится к группам людей, которые могут составлять или не составлять государства или нации»¹. Право на самоопределение в Уставе связано только с понятием «народы», а понятие «несамоопределившиеся народы» соответствует тому, что традиционно называлось колонией.

Определение субъекта права самоопределения остается самым спорным аспектом этой проблемы. Президент Вильсон и Ленин рассматривали «народы и нации» в качестве субъектов этого права, но они не дали четкого определения этих терминов, которые к тому же имеют разные смысловые оттенки в английском, немецком, русском и французском языках. В эпоху после второй мировой войны стало более или менее общепринятым, что право на самоопределение относится к колониям.

Пробуждение национального самосознания народов после второй мировой войны привело к возникновению национальных освободительных движений среди населения колоний и завершилось признанием несправедливости существования колониальной системы в мире. 14 декабря 1960 года Генеральная Ассамблея ООН приняла Декларацию о предоставлении независимости колониальным странам и народам. В преамбуле документа подчеркивается, что отказ в предоставлении свободы или создание препятствий на пути к свободе народов ведет к усилению конфликтов, а статья 2 утверждает: «Все народы имеют право на самоопределение; в силу этого права они свободно определяют свой политический статус и свободно осуществляют свое экономическое, социальное и культурное развитие». Далее, в статье 3, утверждается: «Недостаточная политическая, экономическая, социальная подготовленность или недостаточная подготовленность в области образования не должны использоваться как предлог для задержки предоставления независимости»². Деколонизация в 1960-70-е годы привела к «параду суверенитетов» и резкому росту числа полноправных членов ООН.

¹ Sureda, The Evolution of the Right of Self-Determination. С. 97-120.

² Международное публичное право. Сборник документов. Том 1. - М., 1996. Глава 3. С. 34-37.

Новообразованные государства (бывшие колонии) устанавливались по границам бывших колониальных владений, которые изначально не учитывали этническо-религиозные факторы. Этот подход базировался на общепринятом убеждении, что подобным образом возможно минимизировать риск возникновения новых конфликтов. Таким образом, право на самоопределение могли использовать не народы, а территории¹. В результате, например, карликовое государство Монако является постоянным членом ООН, а 30-миллионный курдский народ, не имеющий своего государства, - нет.

Лишь одно колониальное государство изначально попыталось каким-то образом учесть местные особенности: Великобритания разделила Индию на индуистскую (Индия) и мусульманскую (Пакистан) части. Как известно, этот опыт оказался неудачным: новорожденные государства немедленно начали враждовать друг с другом - это привело к войнам, этническим чисткам, отпадению от Пакистана Бенгалии (превратилась в государство Бангладеш) и продолжающемуся конфликту в Кашмире.

ООН, в свою очередь, также ограниченно трактовала принцип национального самоопределения. Тогда в Совете Безопасности сложился консенсус, согласно которому право на образование своего государства могли получить только те народы, которые боролись за независимость от колонизаторов - но не меньшинства в пределах новых государств. Результатом этого стали многочисленные войны в Африке и Азии: нынешний конфликт в Дарфуре (Судан), где воюют мусульманский, большей частью арабский Север и христиано-анимистический, чернокожий Юг фактически был «сконструирован» в 1960-е годы. На это накладывались и реалии Холодной войны, все национальные конфликты оценивались исключительно с идеологических позиций. Враждующие блоки использовали борцов за независимость в своих целях.

Тем не менее, эти достижения не означают, что дискуссии по поводу самоопределения закончены. Комиссия ООН по правам человека все еще уклоняется от определения термина «народ». Более того, даже при подготовке самой Декларации о деколонизации все еще можно было услышать различные мнения. Так же, как и при подготовке Устава ООН, понятие «народ» стало самым дискуссионным. Наиболее раз-

¹ Ковалев А.А. Самоопределение и экономическая независимость народов. - М., 1988. С. 78.

работанным предложением по определению слова «народ» было, по-видимому, представлено Великобританией: это слово может обозначать «группу индивидов с особыми связями, выделяющими ее из остального населения; все население в границах отдельного государства; жителей отдельной части территории; или даже группу людей, которые не живут на поддающейся опознанию части территории, но считают себя народом»¹. Очевидно, что это определение является достаточно исчерпывающим, чтобы описать любую этническую группу или нацию-государство, но не слишком широко для того, чтобы определить субъект права на самоопределение. Первая часть определения выделяет этническую группу, которая может оказаться меньшинством среди чужого населения. Однако эти обстоятельства не всегда являются непреодолимыми барьерами для окончательного объединения в более плотно населенную общину или для политического самоопределения (например, евреи постепенно воссоединились в Израиле, палестинцы на своей автономной территории, а чеченцы и крымские татары, которые были депортированы в отдаленные районы бывшего Советского Союза, вернулись на свою историческую родину).

Иногда все население в границах отдельного государства может реализовать свое право на самоопределение, не принимая во внимание этнический состав населения. Более того, правительство в сходных ситуациях играет роль этноформирующего фактора и создает в дальнейшем «народ» на многонациональной основе.

Конец XX столетия преподнес много сюрпризов. Крах или временное отступление коммунизма в Восточной Европе и СССР привели к падению двухполюсной системы, возникшей после второй мировой войны, и, несомненно, уменьшили риск возникновения третьей мировой войны. Новые конфликты регионального характера, получившие отклик в остальном мире, тем не менее, включили международное сообщество в процесс решения неожиданных, необычных проблем - будь то в Боснии, в Персидском заливе, либо в Косово. Эксперты со все большим и большим беспокойством обсуждают непредсказуемость ситуации², или ту угрозу человечеству, которую Самуэль Хантингтон назвал «столкновением ци-

¹ Sureda, *The Evolution of the Right of Self-Determination*. С. 108.

² Zbigniew Brzezinski, *Out of Control: Global Turmoil on the Eve of the Twenty-First Century*, New York: Charles Scribners Sons, 1993.

визаций», разделенных этнокультурными барьерами. Становится все более ясным, что падение советской системы никоим образом не обещало «конец истории», предсказанный Фукуямой, а, скорее, отразило появление новых действующих лиц на исторической сцене¹.

Создание высоких технологий, в особенности в сфере коммуникаций, превратило урбанистические центры мира в единую «глобальную деревню» информации. Мода, стандартизованная одежда, пища, жилье, а также определенный образ мышления начали распространяться в развитых странах с неслыханной скоростью, так что могло показаться, что они с определенностью ведут человечество к унификации. Доиндустриальный мир был чрезвычайно богат культурными различиями, но не смог противиться «плавному тиглю» урбанизации. Тем не менее, вопреки ожиданиям национализм не ослабел в этом космополитическом столпотворении, а фактически усилился².

На сегодняшний день данный принцип международного права порождает большое число вопросов: кто является субъектом (какой народ имеет право на самоопределение?), какого содержания право на самоопределение (есть ли пределы самоопределения?), как данный принцип соотносится с принципом территориальной целостности государств и пр.

Науке международного права известны различные подходы к пониманию исследуемого принципа.

По традиции в России и других коммунистических странах под правом на самоопределение понималось право каждого этноса на построение своего государства, этнически однородного. Под самоопределением понималось государственное отделение от чуженациональных коллективов, образование самостоятельного национального государства. Реализация этого лозунга, выдвинутого В.И. Лениным, привела к кровавым событиям («чисткам»), объявлением негражданами русскоязычного населения в Прибалтике, вытеснению русского населения из Казахстана, Кавказа и другим событиям. Таким образом, принцип ООН превратился в норму, позволяющую нарушать права и свободы людей, когда в основу была положена дефиниция этнически чистого народа.

¹ Старовойтова Г. Национальное самоопределение: подходы и изучение случаев. www.narod.ru

² Daniel P. Moynihan, *Pandemonium: Ethnicity in International Politics*, New York: Oxford University Press, 1993.

Сегодня также высказываются мнения в отечественной науке (И.П. Блищенко) о том, что любая нация - это субъект МП, и поэтому может свободно выбрать путь своего развития. Самоопределение - это право на развитие на путях политической независимости или в форме автономии с особым статусом, с тем, чтобы все вопросы решались в интересах данного народа. Это право должно распространяться на все народы, независимо от их колониальной зависимости¹.

При этом следует помнить, что в мире до 4000 этносов и свыше 200 государств. Абсурдно предполагать возможность образования для каждого этноса своего государства. Так каково же содержание данного принципа, кому он адресован?

Интерес к данному принципу был подогрет развернувшимся в последние годы агрессивным сепаратистским движением в ряде стран за отделение с образованием самостоятельного государства или с присоединением к другому государству. Основным форумом дискуссии стала серия конференций юристов-международников разных стран мира. В 2000 году в Москве прошла конференция независимых экспертов стран СНГ, на которой были сделаны определенные выводы.

1. Выделены следующие составные элементы «права на самоопределение», которые заключаются в следующем: каждый народ имеет право на самоопределение; это право признается всеми государствами; оно должно осуществляться путем свободного волеизъявления, без вмешательства извне; оно подразумевает возможность выбора народом между, так называемым «внутренним самоопределением», то есть обеспечением и законодательным закреплением своих прав в рамках существующего государства, в том числе путем создания федерации, автономии или других форм самоуправления, или отделением народа с созданием нового государства, или отделением народа с вхождением в состав другого государства, то есть оно подразумевает выбор политического статуса, включая выбор формы государства (формы правления, государственного устройства, политического режима); оно включает также выбор пути экономического, социального и культурного развития, то есть в первую очередь выбора социально-экономического строя.

Современное МП не разрешает и не поощряет какие-либо действия, которые могли бы нанести ущерб территориальной

¹ Блищенко И.П. Мировая политика и международное право. - М., 1991. С. 156.

целостности и политическому единству государства, соблюдающего принцип самоопределения и равноправия народов и обеспечивающего без какой-либо дискриминации представительство всех слоев населения в органах государственной власти. Отделение отнюдь не является обязательной стадией процесса реализации права на самоопределение, но в любом случае отделение не может быть осуществлено вне рамок права на самоопределение.

2. Субъектом права на самоопределение является народ, нация, а не любое социальное образование. Национальные, этнические, языковые и религиозные меньшинства или другие группы населения (племя) не имеют права на отделение (они обладают правом на культурную автономию). Нация, народ - это крупная, целостная общность.

3. В соответствии с принятым в практике ООН толкованием и исходя из положений международно-правовых документов, отделение считается возможным в следующих случаях:

а) если оно относится к народам территорий, подлежащих деколонизации (сегодня это неактуально с завершением процесса деколонизации);

б) если оно предусмотрено конституцией соответствующего государства;

в) если территория, на которой проживает определенный народ, подверглась аннексии после 1945 г. (на практике это положение относится только к арабскому народу Палестины);

г) если какие-либо народы проживают на территории государства, не соблюдающего в их отношении принцип равноправия и самоопределения и не обеспечивающего представительство всех слоев населения без дискриминации в органах государственной власти.

Таким образом, народ может ставить вопрос о выходе из состава государства, реализуя свое право на самоопределение, только в определенных случаях. В демократических государствах это право реализуется демократическим путем, в рамках закона. Комиссия ООН по правам человека отрицает, что принцип самоопределения включает право на разрушение демократического государства путем отделения от него. Комиссией Международного права ООН также было признано, что если народ представлен в центральном правительстве без различия расы, пола, вероисповедания, то есть если есть должное представительство этого этноса в центральных органах власти, то о реализации принципа самоопределения через отделение

ние не должно идти речи. Таким образом, в деле обеспечения прав народа международное право отдает явное предпочтение «внутреннему самоопределению». Отделение отнюдь не является обязательной частью процесса самоопределения и допустимо лишь в ограниченных случаях. Международное сообщество не должно признавать отделения и образования нового государства, если оно произошло вопреки воле «материнского» государства.

На сегодняшний день ситуация в мире изменилась, но вопросы самоопределения народов регулируются тем же самым нормативно-правовым инструментарием, что применялся в послевоенное время.

Принцип самоопределения закреплен в статьях 1.2 и 55 Устава ООН. Кроме того, в статье 76.8 (глава «Международная система опеки») - тоже по настоянию СССР - говорится о прогрессивном развитии населения территорий под опекой в направлении к самоуправлению и независимости. Говоря точнее, в Уставе ООН фигурирует «принцип равноправия и самоопределения народов». Данная формулировка объединяет, по сути, два принципа, которые могут трактоваться и как самостоятельные. Такая увязка отнюдь не случайна. Нет равноправия между народами, если одни из них обладают государственностью, независимы и суверенны, а другие - нет. То же касается и самоопределения: поскольку все нации имеют на него равные права, любой самоопределившийся, вплоть до обретения государственной независимости, народ вправе, равно с другими народами, рассчитывать на признание своей государственности¹. Между тем, в Декларации принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях, содержащейся в Заключительном акте СБСЕ, с принципом самоопределения произошла некая метаморфоза. Вместо привычной ООНовской формулы «равноправие и самоопределение народов» находим иную: «Равноправие и право народов распоряжаться своей судьбой» (принцип VIII Декларации). Правда, здесь же указывается, что, «исходя из принципа равноправия и права народов распоряжаться своей судьбой, все народы всегда имеют право в условиях полной свободы определять, когда и как они желают, свой внутренний и внешний политический статус

¹ Ступишин В. Самоопределение народов: традиции и действующее право. Правовая система «Гарант».

без вмешательства извне...». Словосочетание «определять внешний политический статус», которое, очевидно, может пониматься и как определение суверенно-независимого государственного статуса, подменило собой, причем не вполне точно, слово «самоопределение»¹. Хельсинкское «право народов распоряжаться своей судьбой» может, казалось бы, интерпретироваться в качестве некоей специальной нормы по отношению к записанной в Уставе ООН общей формуле «самоопределение народов». Причем юридически «специальный» закон перекрывает «общий» закон. Но, во-первых, уровень Устава ООН предполагает общепризнанный правовой принцип, не подлежащий произвольным изменениям отдельными (и даже многими) государствами. Посему формулировка в Заключительном акте может толковаться лишь как некий парафраз уставной формулы, но не ее изменение, а тем более отмену. Во-вторых, в широком смысле слова «право распоряжаться своей судьбой» не может исключать право и на самоопределение (разновидность «внешнего политического статуса»). Кроме того, надо иметь в виду, что страны-участницы СБСЕ, подписавшие хельсинкский Заключительный акт, придавая ему статус официального документа ООН «с высоким политическим значением», постановили, что он не подлежит регистрации на основании статьи 102 Устава ООН, в силу чего не рассматривается как международный договор. Таким образом, изложенный в нем принцип самоопределения народов и соответствующие положения Устава ООН (который, напротив, является международным договором) далеко не равнозначны с точки зрения их обязательной силы. Отсутствие в Заключительном акте формулы «самоопределение народов» - это своего рода реванш западной дипломатии.

Охранительный, легитимистский крен документа особенно проявляется в четком установлении обязанности государств уважать территориальную целостность друг друга и воздерживаться от любых действий «против территориальной целостности, политической независимости и единства любого государства-участника». «Никакая оккупация или приобретение» не будут признаваться законными.

В наши дни роль глобального жандарма (но уже без всяких приглашений) взяли на себя США. Сегодня злободневной темой является новый узел проблем - Косовский. Косово -

¹ Вельяминов М. Принцип самоопределения народа и глобальная политика. Газета «Республика Абхазия», №125 от 1 ноября 2007 г.

бывший автономный район Югославии, где автономия была упразднена Сербией в 1990 году в результате самопровозглашения албанского государства Косово и террористических действий части албанского населения, уничтожавшей сербов и стремившейся отторгнуть Косово от Югославии, присоединив к Албании. Сейчас на этом регионе сосредоточивают свое основное внимание США, умело манипулируя всеми действующими сторонами. Им это нужно для того, чтобы оправдать свое присутствие в Европе и флота США в Средиземном море, что отвечает концепции передового присутствия американских военных сил.

Усугубляются конфликты выдвигаемыми перед Сербией невыполнимыми условиями. Например, ситуация вокруг переговоров сербской и албанской сторон по Косово. Американцы стараются давить на Югославию, вводя санкции, чтобы они вели переговоры, на которые сербы давно согласны, албанская же сторона просто не является на переговоры с представителями сербских властей, чем выражает полное пренебрежение к государству, в котором живут албанцы. Но ни одно государство не потерпит на своей территории вооруженных формирований других государств, в том числе и мифических, как самопровозглашенное Косово. Та же Турция ведет активные военные действия против вооруженных курдских частей в турецком Курдистане.

Решение же проблемы Косово путем его отделения совсем не приемлемо для Югославии, так как это исконно сербская территория, и действия албанских сепаратистов противоречат Хельсинскому акту о нерушимости послевоенных границ в Европе.

Хотя независимому Косово покровительствовал американский «большой брат», эксперты единодушны в том, что новое государство на Балканах - проблема, прежде всего, европейская. Европейцы, надо признать, хорошо осведомлены о положении вещей в Косово и не питают надежд относительно быстрого его вхождения в клуб цивилизованных стран.

«Доклад Комиссии ЕС о прогрессе Косово в рамках резолюции Совета Безопасности ООН №1244» (Kosovo under UNSCR 1244 2007 Progress Report) рисует мрачную картину состояния дел в крае. Для начала немного статистики. Согласно оценкам МВФ, ВВП на душу населения в Косово составляет 1100 евро, или лишь 5% от среднего для 27 государств Европейского союза уровня. Торговый дефицит вырос

в 2006 году до 53% (!) ВВП. Косовская экономика неконкурентоспособна: на каждые 100 евроимпорта приходится всего 8,5 евроэкспорта (к тому же в 2006 году импорт товаров и услуг увеличился на 10,4%, а инвестиционных товаров - на 36,5%). Дефицит платежного баланса составляет 19% ВВП. Формально безработными в Косово считаются 44,9% активного населения. На деле она намного ниже, поскольку значительная часть безработных занята в теневой экономике¹. Поэтому вывод напрашивается сам собой, провозгласить провозгласили себя государством, а как содержать, не подумали. На сегодняшний день «независимость Косово» - это прецедент в международном праве, и то, что сделали американцы, может вызвать эффект домино. Не исключено, что это отразится на России, поскольку есть националистические движения в Татарстане, на Северном Кавказе. Может отразиться на Крыме, где крымские татары станут более радикально добиваться особых прав и создания крымско-татарского государства. Гагаузия в Молдове активизируется. Все они будут ссылаться на Косово. Правовое решение здесь исключено. Мы встали на путь силового решения. Мол, если можно одному, то почему нельзя другим²?

Для США выгодно дробление стран, управляемый хаос. Выгодно разрушение национальных государств, для превращения их в слабый конгломерат образований, управляемых из одного центра. Это вписывается в концепцию нового мирового порядка и в концепцию мироустройства, которая была разработана еще Римским клубом в конце 60-х - начале 70-х годов, когда осуществляемый процесс получил обоснование с точки зрения экономики. Было выведено, что развитие экономики требует снятия национальных границ, создания условий для свободного движения капиталов и товаров. Тогда же возник тезис о том, что национальное государство является главным препятствием на пути к «прогрессу». Данная конструкция хороша, если существует мощный центр, который всем управляет. Американцы заинтересованы в ослаблении национальных государств, но делают все для усиления собственного. Но ведь общие закономерности развития политической ситуации действуют и в США. Поэтому, в исторической перспективе, то же самое мы можем получить и в самой Америке.

¹ Кузнецова Е. Дорогостоящий проект с неясной перспективой. Независимая газета от 03.03.2008 г.

² Гуськова Е., Шмелев Б. Гаагскому суду справедливости предложили развязать «Балканский узел». // www.nakanune.ru

Все дискуссии в мире по поводу принципа самоопределения порождают два основных вывода:

1) следует рассматривать данный принцип с учетом тех потребностей, в целях реализации которых он был создан (колониализм);

2) однако для того, чтобы «преломить» его к реалиям сегодняшнего времени, необходимо на международно-правовом уровне выработать его толкование.

Следует, как минимум, принять Резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН, конкретизирующую этот принцип, где можно было бы закрепить, что «население любого обособленного региона пользуется правом на самоопределение, понимаемое как право на самоорганизацию своей жизни, саморегулирование и самоуправление по вопросам, закрепленным в исключительной компетенции властей данного региона. Каждый народ пользуется правом на национально-культурную автономию (создание национальных общественных организаций, представляющих интересы этноса; национальных школ; право беспрепятственной миграции, передачи информации на своем языке и т.д.).

ФУНКЦИИ УПРАВЛЕНИЯ

Солодкая М.С. -

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

Вопрос о том, какие функции являются управленческими, имеет более чем вековую историю. Этот вопрос был поставлен еще в начале прошлого века и нашел определенное решение в работах одного из родоначальников классической школы менеджмента А. Файоля¹. С тех пор интерес к проблеме выделения управленческих функций не ослабевает. Сложно назвать хотя бы одного крупного исследователя проблем управления, который не уделил бы этому внимания. Однако, до сих пор исследователи данной проблемы далеки от сколь угодно единой позиции. Российскую историю проблематики управленческих функций многие отечественные авторы да-

¹ Файоль А. и др. Управление - это наука и искусство. - М., 1993. С. 142.

тируют рубежом 60-70-х годов XX века, отмечая работы В.Г. Афанасьева и Г.Х. Попова¹. Действительно, явно и самостоятельно проблема выделения управленческих функций начала исследоваться именно в это время. Но имплицитно она присутствовала в исследованиях отечественных авторов по проблемам управления гораздо раньше².

В рамках данной статьи выявляются недостатки некоторых существующих подходов к выделению управленческих функций, и обосновывается собственная позиция автора по данному вопросу.

В чем значение для управленческой деятельности адекватного выделения управленческих функций? Дело в том, что управленческая деятельность, как и любая другая, построена на принципах специализации и кооперации функций. Если мы не можем адекватно выделить управленческие функции, то весьма затруднительно осуществлять специализацию, но, что гораздо более важно, сложно выстроить эффективную кооперацию. Может оказаться так, что какие-то функции будут не выполняться (в силу того, что их просто не выделили), или выполняться неудовлетворительно (их «присоединили» к другим, поэтому ситуация аналогична тому, что сложно найти исполнителя, который одинаково хорошо бежит на лыжах и поражает мишени), или выполнением одной и той же функции будут заниматься «семь нянек».

Файолю принадлежит заслуга в том, что, выделив еще сто лет назад четыре управленческие функции - планирование, координацию, мотивацию и контроль³, - он заложил традицию, которая обнаруживается в неизменном виде даже в настоящее время в трудах некоторых отечественных авторов (и век спустя они продолжают выделять все те же четыре функции, что и Файоль).

Для того, чтобы понять, почему именно указанные функции выделил Файоль, необходимо учитывать как социокультурную ситуацию того исторического периода, так и особенности социальной позиции самого Файоля. Необходимо помнить, что Файоль был владельцем предприятий. В начале XX века происходил процесс разделения владения и управ-

¹ Костин В.А. Теория управления. - Екатеринбург, 2001. С. 48.

² См., например: Витке Н.А. Организация управления и индустриальное развитие. - М.: Изд-во НКРКИ СССР, 1924. С. 39; Витке Н. Вопросы управления. // Вопросы организации и управления. 1922. №3 (ноябрь-декабрь). С. 33; Керженцев П.М. Принципы организации. - Петроград: Государственное изд-во. 1922. - 144 с.

³ Файоль А. Общее и промышленное управление. - М., 1923. С. 41.

ления собственностью. Именно для осуществления определенных функций, которые владелец собственностью предполагал делегировать другим, формируется новая профессиональная группа - администраторов (как их называл Файоль) и менеджеров (это название закрепилось в англоязычных странах). Часть функций владелец по-прежнему предполагал выполнять сам, не очень надеясь на достаточный уровень профессионализма для их выполнения наемными управляющими. Поэтому управленцам делегировали выполнение функций, которые в определенной мере «попроще», т.к. более «технические». Вот так и выделились первые управленческие функции - планирование, координация, мотивация, контроль.

Необходимо отметить, что уже в 20-е годы прошлого века становится очевидной узость такого подхода. «Каждый администратор должен в отношении своей части чувствовать себя в известном смысле **вне ее, а не в ней**. Его дело построить этот автоматически действующий аппарат, регулировать его ход, контролировать и непрерывно стремиться к его совершенствованию»¹. Здесь явно выделяется еще одна функция управления - **регулирование**, которая отсутствует у Файоля. Это связано, на наш взгляд, отнюдь не с тем, что Файоль не выделял такой функции, а с тем, что регулирование в то время он еще возлагал на владеющего собственностью.

Более того, из приведенной цитаты следует, что перед управленцами ставится задача «непрерывно стремиться к совершенствованию построенного аппарата». ИмPLICITно решение этой задачи предполагает выполнение таких функций, не указанных явно, как **прогнозирование и программирование**. Безусловно, эти функции в начале XX века были еще слабо оформленными, но они присутствовали в управленческой деятельности. Подтверждением тому является наличие определенных социальных прогнозов и сразу двух Программ (известных как Программа-максимум и Программа-минимум) у известной российской политической организации - партии большевиков.

Первый русский учебник по вопросам организации² (правда, представляющий собой более практическое руководство, а не теоретическое исследование) в качестве одной из

¹ Витке Н. Вопросы управления. // Вопросы организации и управления. 1922. №3 (ноябрь-декабрь). С. 33.

² Керженцев П.М. Принципы организации. - Петроград: Государственное изд-во, 1922. - 144 с.

восьми глав содержал вторую главу (такой порядок принципиален, он подчеркивает важность проблемы) «Цели организации». Это говорит о том, что уже тогда целеполагание выделялось в качестве функции управления. Подтверждением этому служит и приводимый ниже отрывок из работы одного из самых ярких исследователей управления раннего советского периода Н.А. Витке¹.

«Во всякой организации надо отличать два круга явлений: ее внутреннюю организацию и внешние взаимоотношения. Первый верховный тип руководства имеет дело с постоянно меняющимися и чрезвычайно сложными данными многообразной, грозной внешней среды. Здесь, пока что, менее всего возможен точный и длительный, методичный расчет и жесткое планирование. Здесь многое зависит от быстроты решений и счастливой интуиции. Второй тип руководства - административно-внутренне-организационный - имеет дело со сравнительно замкнутыми и устойчивыми явлениями, с постоянным комплексом фактов и данных, и потому может и должен ставить свою работу на основании прочного расчета, точного знания, четкого плана действий.

В военном деле эти два типа руководства различают как стратегию и тактику. В хозяйственной деятельности их различают как **политику** и **администрирование**.

Таким образом, деятельность организационно-административная ограничивается вверх от деятельности управленческой как общедирективной, целеставящей и контролирующей осуществление стратегически-политических (в указанном выше смысле) заданий».

Как мы видим из приведенного выше отрывка, действительно уже в это время целеполагание (в тексте - целеставящая деятельность) включалось в состав управленческих (именно управленческих, в отличие от организационно-административных) функций.

Таким образом, мы можем констатировать, что еще в 20-е годы XX века исследователи выделяли в качестве управленческих функций целеполагание, прогнозирование, программирование, планирование, мотивацию, координацию, контроль, регулирование. Где целеполагание, прогнозирование, программирование, регулирование относили к управленческим (стратегически-политическим), а планирование,

¹ Витке Н.А. Организация управления и индустриальное развитие. - М.: Изд-во НКРКИ СССР, 1924. С. 166.

мотивацию, координацию и контроль - к организационно-административным (тактическим) функциям.

Ряд авторов¹ предлагают включать в управленческие функции, помимо названных, например, такие: учет, общение, принятие решений и другие. Отметим, что учет при этом они отличают от контроля только одним - учет состоит в фиксации реально достигнутых результатов, а контроль - в сравнении их с соответствующими плановыми показателями. Мы понимаем контроль одновременно как фиксацию реально достигнутых результатов и сравнение их с плановыми показателями, поэтому нет необходимости выделять учет отдельно от контроля. Даже если в силу специфики объекта управления учет осуществляется отдельно, все равно он проводится в рамках функции контроля. Общение вообще не является функцией управления, так как не носит целевого характера. Скорее, здесь речь идет о коммуникации. Но коммуникация, так же, как и принятие решений, не являются обособленными от других функций действиями. В каждой функции управления присутствуют и коммуникация, и принятие решений. Именно поэтому они являются не функциями, а процедурами управления.

Перейдем теперь к обоснованию собственной позиции по вопросу выделения управленческих функций. С одной стороны, она подкрепляется тем, какие функции выделялись в управлении еще классиками, существенно учитывая при этом раннее российское наследие. С другой стороны, слепо следовать даже классикам, предполагается не адекватным для самостоятельного исследователя. Поэтому возникла необходимость дать собственное обоснование выделению управленческих функций. Предвосхитим событие и укажем, что результат оказался почти совпадающим. К уже выделенным ранее функциям добавилась всего одна - проектирование.

Управление, социальное по своей природе, развивается и оформляется как социотехническая деятельность². Какое же место занимает управление в системе деятельности, как оно соотносится с другими видами деятельности? При ответе на этот вопрос будем исходить из сущности управления, которая

¹ См., например: Гвишиани Д.М. Организация и управление. - М.: Наука, 1972.; Кунц Г., О'Доннел С. Управление: системный и ситуационный анализ управленческих функций: Пер. с англ. Т. 1, 2. - М.: Прогресс, 1981, и др.

² Солодкая М.С. К единству социального и технического: проблемы и тенденции развития научных подходов к управлению. - Оренбург: Изд-во ДИМУР, 1997. С. 157-167.

состоит в разработке целерациональных регулятивов жизнедеятельности людей¹.

В литературе принято рассматривать две формы деятельности - традиционную и рациональную (или как ее все чаще называют, инновационную).

В качестве традиционных форм деятельности будем понимать те, «в которых основным средством передачи общественного опыта от одной группы к другой и так далее является следование установленному («традиционному») образцу, причем эта передача обеспечивается благодаря действию определенных социальных институтов. Социальная информация здесь не расчленена на информацию о предмете, способе, мотивах, целях и т.д. Программа передается целостными комплексами, в которых не отделены друг от друга (то есть не осознаны, не воспроизведены отдельно в соответствующих знаковых моделях) субъект, объект, процесс и способ деятельности»².

В таких формах деятельности создается не сама цель деятельности, а некоторая мнимая, внедеятельностная цель (исполнение воли богов, подчинение старшим, следование заветам предков и т.д.). Программа деятельности не подлежит рациональной рефлексии, средства деятельности выступают подчас вне всякой связи с реальными целями, являются самодостаточными. Изменения происходят медленно в незначительных диапазонах. Основную роль играют механизмы наследственности, которые в значительной степени определяют будущее в виде «копии» настоящего и прошлого. Качественные изменения могут наблюдаться только по прошествии достаточного числа поколений. Таким образом, принцип действия социальных регулятивов в традиционных формах деятельности подобен принципу «естественного отбора». Очевидно, что здесь нет ни проблемы соотношения «индивид» и «социум», ни проблемы произвольного выбора, которые имеют место при использовании целерациональных регулятивов.

Несомненно, в традиционных формах деятельности имеют место процессы регулирования, но регулятивы носят там «естественный» (привычный) характер и не являются целерациональными. В этом смысле управление в традиционных формах деятельности отсутствует.

¹ Солодкая М.С. К единству социального и технического: проблемы и тенденции развития научных подходов к управлению. - Оренбург: Изд-во ДИМУР, 1997. С. 92.

² Левада Ю.А. Сознание и управление в общественных процессах. // Вопросы философии. 1966. №5. С. 67.

Этот тезис расходится с большинством представлений о роли управления в традиционных формах деятельности. Многие авторы отстаивают существование управления в традиционных формах деятельности. Управление такого типа они называют «стихийным». (Подобное положение отражено и в «Современном энциклопедическом словаре».) Главной особенностью такого типа управления они считают отсутствие «особых управляющих устройств»¹... Оно автоматически по своей природе и не требует вмешательства людей»². Анализируя механизмы такого управления, Ю.А. Левада замечает, что они «в принципе не отличаются, скажем, от биологического механизма регулирования численности популяции». Биологический механизм регулирования численности популяций является естественным регулятором, связанным с выживанием организмов, с приспособлением их к окружающей среде, поэтому отсутствие «особых управляющих устройств» естественно, в этом нет необходимости, поскольку они являются атрибутами искусственных (в частности, целерациональных) регулятивов.

Приведенные аргументы авторов подтверждают отсутствие управления как деятельности, связанной с созданием целерациональных регулятивов, в традиционных формах деятельности. Вводить же в рассмотрение такой тип управления, как «стихийное», который, даже по мнению самих авторов, ничем не отличается от естественного регулирования, предполагается нецелесообразным. Скорее всего, подобная позиция названных авторов и их последователей диктовалась идеологическими соображениями, поскольку было принято представлять «социализм как научно управляемое общество»³, в котором все подлежит управлению.

В рациональных (инновационных) формах деятельности социальная информация о деятельности фиксируется в расчлененном виде (способ и объект действия выделяются и моделируются отдельно от самого процесса и от субъекта действия). Характерной особенностью рациональной деятельности является ее поэтапная верифицируемость, что обеспечивается введением определенных социокультурных норм деятельности.

¹ Левада Ю.А. Сознание и управление в общественных процессах. // Вопросы философии. 1966. №5. С. 66.

² Афанасьев В.Г. Общество: системность, познание и управление. - М.: Политиздат, 1981. С. 44.

³ Афанасьев В.Г. Научное управление обществом (опыт системного исследования). - М.: Политиздат, 1973. С. 104.

Одним из вариантов нормы выступает *цель* или нормативное представление о результате деятельности. Теоретическое вычленение целей и средств, подчинение средств целям, обоснование целесообразности и рациональности средств приводит к построению нормы другого типа - *программы* деятельности. Если в нормативном представлении указывается последовательность промежуточных конечных результатов, то такая норма называется *планом*. Если с целевого представления о деятельности снят контекст производимости, а фиксируются лишь свойства будущего продукта, то такое нормативное представление является *проектом*¹. Нормы деятельности являются целерациональными регулятивами любой рациональной формы деятельности.

Любая норма в ходе ее реализации должна «сохранить» свое содержание. С другой стороны, любая реализация нормы выходит за пределы ее требований, поскольку реальное наполнение не совпадает с идеальным представлением. По этим причинам реализация нормы не является естественным процессом. В ходе реализации нормы, перевода деятельности из абстрактно-идеального плана в конкретно-содержательный происходит «деформация» естественного. Поэтому необходимо контролировать подобные деформации и в случае необходимости сменить норму деятельности. Подобное перенормирование также должно осуществляться целерационально.

Таким образом, построение указанных норм и других целерациональных регулятивов, обеспечивающих взаимную согласованность, механизмы «сборки» этих норм составляют содержание управленческой деятельности. Соответственно мотивация, целеполагание, прогнозирование, программирование, проектирование, планирование, координация, контроль, регулирование являются функциями управления. Более того, они являются *собственными функциями* оператора управления, то есть управление, воздействуя на проектирование, планирование и так далее, оставляет их относительно автономными, сохраняет их изоморфность и лишь корректирует их «масштаб» и «направление». Результат воздействия оператора управления на другие деятельности разлагается по системе собственных функций, причем каждая собственная функция присутствует в этом разложении со своим собственным ве-

¹ Анисимов О.С. Методологическая культура педагогической деятельности и мышления. — М.: Экономика, 1991. С. 76.

сом, характеризующим ее степень значимости. Поэтому в разные моменты конкретно-содержательно разворачивающейся деятельности результат воздействия на нее управления будет содержать более «весомые» функции и те, вклад которых будет существенно меньше. Постоянное присутствие всех собственных функций и возможность существенно изменить весовые характеристики собственных функций в любой момент разворачивающейся деятельности может привести к тому, что более значимыми окажутся совершенно иные собственные функции, нежели те, которые были прежде.

Операторная интерпретация управления на пространстве деятельности оказывается достаточно содержательной и удобной. При подобной интерпретации нет необходимости подчеркивать, что ни одна из функций управления не должна рассматриваться изолированно, что они представляют «систему функций» или «ансамбль функций», что постоянно вынуждены делать все сторонники функционального подхода. Подобное требование заложено в самой сущности и структуре оператора. Более того, понимание операторного принципа действия помогает понять, почему происходит изменение значимости собственных функций управления в различные моменты конкретно разворачивающейся деятельности. Значимость отдельных функций не подчинена простым законам монотонного убывания и возрастания или их периодическим аналогам. Эти законы значительно сложнее, поскольку мы принципиально не в состоянии предсказать само значение веса, а только некоторую его вероятность. Причем последнее возможно только при условиях, позволяющих, не нарушая адекватности, использовать относительные частоты появления веса в качестве соответствующих вероятностей.

Такой подход подчеркивает несостоятельность ряда авторов рассматривать собственные функции управления в качестве «периодов», «этапов» управления¹. Управление не проходит в процессе своего функционирования указанные «этапы». Являясь собственными функциями управления, мотивация, целеполагание, проектирование, программирование и т.д. в тот или иной момент управления разворачивающейся деятельностью имеют различную степень значимости. Как наиболее вероятное распределение собственных функций оператора управления по степени возрастания их веса на различных этапах

¹ Гвишиани Д.М. Организация и управление. - М.: Наука, 1972. С. 23.

рассматривается то, которое предлагает Д.М. Гвишиани и ряд других авторов. Но еще раз подчеркнем, что это распределение всего лишь наиболее вероятное, то есть в конкретной репрезентации оно может быть иным. Кроме этого, в указанном распределении представлены только те собственные функции, которые имеют наибольшую вероятность, а все остальные собственные функции, вероятности которых меньше максимальной, но отличны от нуля, присутствуют неявно: по принципу «матрешки» они скрыты в самой значимой функции.

Интерпретация управления в виде оператора представляет не только удобный и содержательный категориальный, но и операциональный аппарат, интенсивно разрабатываемый в настоящее время в математике. Естественно, что возможности применения этого операционального аппарата будут существенно детерминироваться спецификой рассмотрения управленческой деятельности как социотехнического феномена, но продуктивность такого аппарата в физике и технике сегодня не вызывает сомнений. «Мы стремимся всячески подчеркнуть важность введения операторов, ибо они позволили нам достаточно убедительно показать: реальность ...есть не что иное, как конструкция нашего разума, а не только данность. Необходимо проводить различие между абстрактным понятием координаты или импульса, представляемых математическим оператором, и их численной реализацией, достигаемой посредством эксперимента»¹. Применение операторов позволило неявно ввести в формальное описание наличие «наблюдателя», который принципиально не может быть устранен, поставлен «вовне» объекта описания, поскольку представляет собой макроскопическое существо в рассматриваемой реальности.

Хотя аргументы И. Пригожина о важности введения операторов явно были обращены к физике, но их с полным правом можно отнести к любой науке. Принципиальное существование различия между абстрактными управленческими схемами и их конкретно-содержательной реализацией неизбежно. Рассмотрение управления как оператора содержит в себе это различие, что позволяет не драматизировать его существование, а принимать как объективную данность, и вместе с тем пытаться строить формальные модели управления. Естественно, что в этих моделях формально должно быть отражено «присутствие» субъекта управления, его активность,

¹ Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой. - М.: Прогресс, 1986. С. 290.

которая во многом характеризуется возможностью выбора, не являющейся следствием каких-то фундаментальных естественнонаучных законов.

Существование возможности выбора как фактора, задающего определенный алгоритм сборки, - вот что отличает, по мнению многих исследователей, в частности, Н.Н. Моисеева, живую и неживую природу. Поэтому проблеме рационального выбора уделяется значительное внимание в исследованиях по управлению. Подобная значимость иногда гипертрофируется, вследствие чего ряд исследователей сводят управление к рациональному выбору или к принятию решений. Подобное отождествление неправомерно. Выбор является важной процедурой любой рациональной формы деятельности, и управления в частности. Выбор определяет во многом механизм регулятивов, поэтому нормирование процедуры выбора относится к сфере управления. Более того, иногда алгоритм выбора предопределяет во многом результаты действия регулятивов. Однако сведение управления к отдельной процедуре, пусть и достаточно существенной, является определенным упрощением.

Итак, управление можно трактовать как оператор в пространстве деятельности, причем «носителем» этого оператора, то есть той областью, где результаты действия этого оператора отличны от нулевых (значимы), являются рациональные (инновационные) формы деятельности. Этот оператор имеет спектр собственных функций, суперпозиция которых представляет результат воздействия оператора управления на конкретную деятельность.

Таким образом, управление занимает в определенном смысле «наддеятельностную» позицию, что позволяет ему воздействовать, а его, соответственно, применять в любой деятельности. Воздействуя на конкретную деятельность, управление вычленяет в последней в процессе ее разворачивания определенные этапы, связанные с преобладанием значимости той или иной собственной функции оператора. В этом смысле любая рациональная деятельность зависит от управления, поскольку существенно детерминируется нормами деятельности, многие из которых являются управленческими нормами. С другой стороны, функциональное содержание управления, характеризуемое распределением весов его собственных функций, существенно зависит от конкретной деятельности и ее содержательной реализации. В этом смысле управление зависит от деятельности, детерминируется ею.

Следовательно, управление занимает особое место в системе деятельности. Являясь деятельностью, оно в то же время занимает «наддеятельностную» позицию. Управление сначала как бы «познает» конкретную деятельность, а затем воздействует на нее сообразно с «естественной» природой познаваемого, то есть управление в определенном смысле «отражает» деятельность, обеспечивая совместимость норм с морфологией деятельности и вводя акценты на деформацию либо нормы, либо морфологии, и обеспечивает координацию внутри системы деятельности.

ЭТНИЧЕСКАЯ И КОНФЕССИОНАЛЬНАЯ ИДЕНТИФИКАЦИЯ СТУДЕНТОВ ОРЕНБУРГСКИХ ВУЗОВ

Шешукова Г.В. -

*доктор политических наук, к.ф.н., профессор кафедры
общегуманитарных, социально-экономических, математических
и естественно-научных дисциплин*

В современном российском обществе мы наблюдаем как кризис гражданской идентификации, так и кризис этнической идентификации, рост национализма и этнического экстремизма, особенно в молодежной среде. В связи с этим особое значение приобретают исследования, позволяющие выяснить значимость для студентов этнической и конфессиональной идентичности, уровень толерантности студентов к представителям различных этносов и конфессий, а также конфликтный потенциал в межконфессиональных межнациональных отношениях в студенческой среде. Помимо этого, необходимо сравнить позиции студенчества по этим вопросам с позициями жителей области, особенно молодежи (по данным опроса, проведенного в пяти городах Оренбургской области в мае 2006 года, когда было опрошено 500 человек)¹.

Главный метод исследования в декабре 2007 года: социологический опрос 200 студентов четырех вузов Оренбурга:

Оренбургский государственный университет

Оренбургский институт МГЮА

Оренбургская государственная медицинская академия

Оренбургский государственный педагогический университет

¹ Отчет. Этноконфессиональные отношения в приграничном регионе (Архив администрации Оренбургской области). - Оренбург, 2006.

1. Религия и ее значимость в жизни оренбургских студентов

Верующими с соблюдением всех обрядов себя назвали только 6% студентов. 54% верующих студентов соблюдают отдельные обряды. Верующими, но не соблюдающими обряды назвали себя 28%. 3% заявили, что они неверующие, а 6% отказались отвечать.

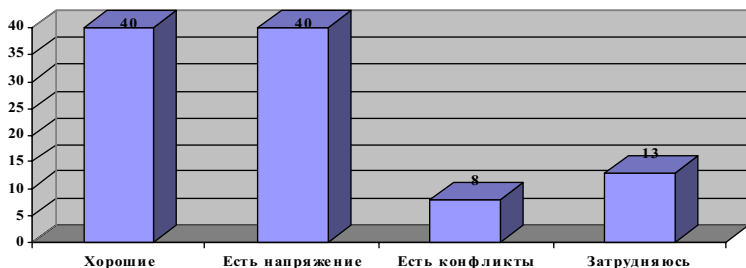
Таким образом, верующими себя считают 87% студентов всех четырех вузов.

58% опрошенных студентов заявили, что исповедуют православие, 1% - католицизм, 0,5% - протестантизм, 18% - ислам. 13% просто верят, что Бог есть. В ОГУ 45% студентов назвали себя православными, а 23% - приверженцами ислама. В медакадемии 47% исповедуют православие, а 27% - ислам.

В оценке межконфессиональных отношений в Оренбургской области студенты раскололись на две группы: на вопрос «**Как вы оцениваете отношения между людьми разных вероисповеданий в г. Оренбурге?**» 40% ответили, что отношения хорошие; 40% указали, что напряжение ощущается, а 8% - что отношения напряженные, случаются конфликты.

Настораживает то, что 48% студентов вузов ощущают напряженность в межконфессиональных отношениях.

Оценка студентами межконфессиональных отношений (в %)



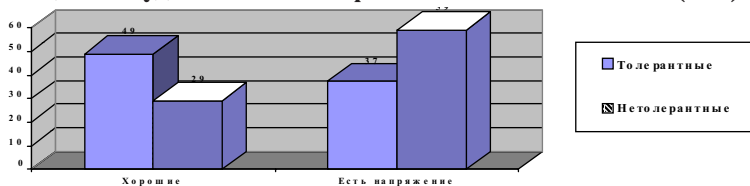
Если (по данным опроса мая 2006 г.) 51% молодежи Оренбургской области оценивают межконфессиональные отношения как хорошие, то среди студентов их так оценивают только 40%. Как напряженные оценивают межконфессиональные отношения 43% молодых оренбуржцев и 48% студентов. Уровень обеспокоенности состоянием межконфессиональных отношений в студенческой среде выше, чем у молодежи области в целом.

Существует корреляция между оценкой студентами межнациональных и межконфессиональных отношений. Прослеживается прямая зависимость оценки студентами межконфессиональных отношений от оценки ими же межнациональных отношений.

Среди тех, кто считает, что в межнациональных отношениях в Оренбурге нет напряженности, **62% оценивают межконфессиональные отношения как хорошие.**

Среди тех, кто полагает, что в Оренбурге есть напряжение в межнациональных отношениях, только 31% оценивают межконфессиональные отношения как хорошие, а 61% считают напряженными межконфессиональные отношения.

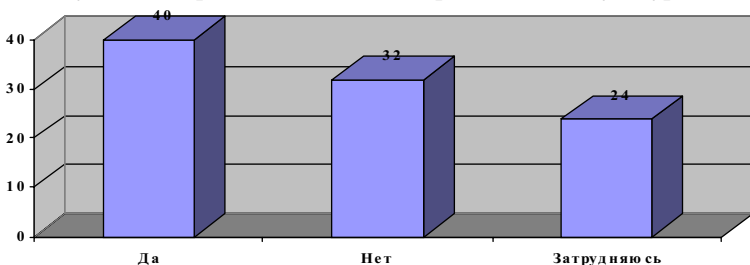
Оценка студентами межконфессиональных отношений (в %)



Напряженность в межконфессиональных отношениях отметили 29% толерантных студентов и 59% нетолерантных студентов.

На вопрос о том, нужно ли в качестве факультативов преподавать Основы религиозной культуры (христианство, ислам, др.) в вузах Оренбуржья были получены ответы: в **ОГУ (54%)** и **ОГПУ (57%)** в два раза больше студентов, чем в **МГЮА и ОГМА (по 24%)**, которые полагают, что такие факультативы в вузах нужны.

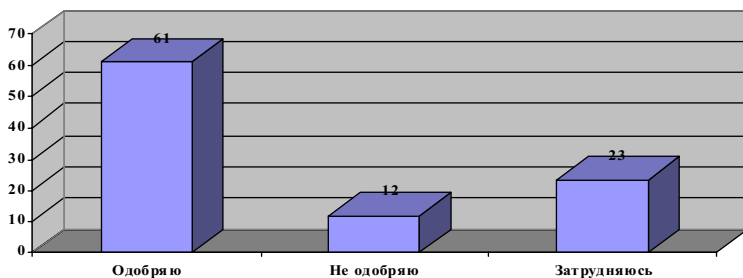
Нужно ли преподавать Основы религиозной культуры?



33% всех студентов оренбургских вузов полагают, что преподавать такие факультативы должны преподаватели вузов, 25% - священники, а 30% полагают, что такие предметы в вузах не нужны.

На гуманитарных факультетах ОГУ и ОГПУ более 50% студентов полагают, что эти предметы должны вести преподаватели. В МГЮА и ОГМА почти 1/3 студентов выступили за то, чтобы эти предметы вели священники.

Отношение студентов оренбургских вузов к преподаванию Истории мировых религий (в %)

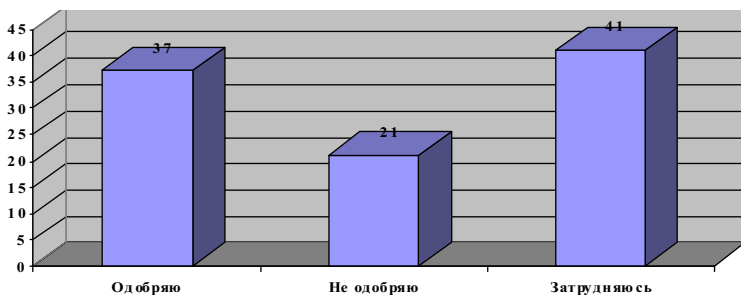


Более половины студентов вузов (61%) одобряют введение курса «История мировых религий» в вузах города. Не одобряют только 12%.

Однако выявлено дифференцированное отношение к предмету «История мировых религий» у студентов. **Более 70%** студентов **ОГУ и ОГПУ** за эти предметы. **В МГЮА - только 42%** одобряют этот предмет.

92% всех студентов оренбургских вузов полагают, что верующие люди могут быть толерантными. Не согласны с этим утверждением только **4%** студентов. Существенной дифференциации по вузам Оренбурга не выявлено.

Как вы относитесь к вопросу приравнивания диплома высшего духовного образовательного учреждения к диплому государственного вуза в РФ? (в %)



Более 40% студентов затруднились с ответом на этот вопрос. Более 1/3 студентов одобряют приравнение диплома высшего духовного образовательного учреждения к диплому государственного вуза в РФ.

2. Этническая идентификация: ее значимость в оценках и суждениях студентов вузов

В Оренбургской области за весь постперестроечный период, несмотря на сложную социально-экономическую ситуацию, благодаря сложившимся историческим традициям, а также гибкой национальной политике власти удавалось избегать этнических конфликтов и сохранять достаточно стабильную ситуацию в межнациональных отношениях, несмотря на растущий приток иммигрантов в основном со стороны юга России.

1. Вместе с тем, нужно согласиться с В. Путиным, который на съезде Азербайджанского конгресса акцентировал внимание на том, что нельзя недооценивать опасность «инфекции бытового национализма». **Национальная принадлежность** – это особая форма национальной идентификации, в которой люди рассматривают себя постоянно взаимосвязанными, потому что они говорят на одном языке или диалекте общего для них языка¹.

Они населяют определенную территорию, с удовольствием воспринимают ее экосистему, у них общие традиции и обычаи, включая и память исторического прошлого.

Так, например, механизм формирования национального самосознания можно изучить, применяя известную типологию А. Маслоу, который выделил пять ступеней в реализации потребностей.

Национальная принадлежность удовлетворяет, в разной степени интенсивности, потребности в безопасности, в любви, в самоутверждении, в самоактуализации. Следовательно, это очень глубокое, базисное чувство, определяющее часто ментальность человека.

Национальное самосознание разворачивается не только как самоидентификация, то есть «приобщение» к своей группе, но и, с другой стороны, как стремление к обособлению, в противопоставлении себя «чужим» или другим этносам.

¹ Кин Дж. Нации. Национализм и гражданство в Европе. // Международный журнал социальных наук. 1994. №7. С. 22.

Наиболее простой путь идентификации подсказывает человеку этническая общность, принадлежность к которой не требует сознательного выбора. Сам факт рождения как бы предопределяет присутствие человека в рамках определенного этноса.

2. По М. Веберу, для этнических групп характерна **коллективная вера** в свое общее происхождение и некоторые наследуемые признаки. А эта вера, по мнению индийского профессора социологии Т.К. Ооммона, оправдывается наличием у людей схожего фенотипа и общей культуры¹.

Таким образом, сторонники такого подхода отнюдь не отрицают наличия объективных признаков этноса (язык, культура), но определяющим для объединения людей в этнос все же считают фактор осознания группой людей потребности в таком объединении.

Такая позиция имеет свои положительные и слабые стороны, рассмотрение которых выходит за пределы нашей задачи. Однако для анализа этнического самосознания, который предпринимается по отношению к студентам оренбургских вузов в рамках данного исследования, этот подход представляется продуктивным.

В 2006 г. для 74% населения области этническая идентификация значима, малозначима для 12%, в 2005 году этническая идентификация была значима для 69% оренбуржцев, малозначима для 20%.

Очевидно, что растет значимость этнической идентификации для населения области.

Однако результаты многолетних исследований говорят о том, что оренбуржцы идентифицируют себя, прежде всего, с политическим сообществом («гражданин России» или согражданством) и только затем с сообществом, располагающимся в рамках региона. В нашем случае – это «оренбуржец». И в последнюю очередь включается этнический признак.

«Кем вы себя чувствуете, прежде всего?»

74% опрошенных идентифицируют себя, прежде всего, с гражданством (гражданин России), на втором месте с **европейской идентификацией 49%**, на третьем месте с **принадлежностью к Оренбуржью (18%)** и только на четвертом месте с **принадлежностью к этносу 96%**.

¹ Ооммон Т.К. Раса. Этния, класс. Анализ взаимодействия. // Международный журнал социальных наук. 1994, август. С. 16.

Во всех возрастных группах лидирует гражданская идентификация, на втором месте идентификация, связанная с принадлежностью к Европе, на третьем с проживанием в Оренбургской области, на четвертом этническая идентификация.

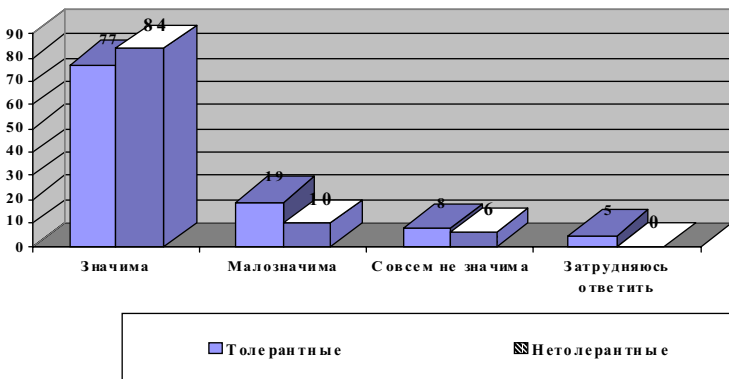
Однако это утверждение не опровергает необходимости учитывать опасность этнических предрассудков и стереотипов во взаимоотношениях между этносами в поликультурном регионе.

Этническая идентификация значима для 76% студентов, малозначима для 15%, совсем не значима для 7%. Принципиальных различий в значимости этнической идентификации для молодежи Оренбургской области (79% - значима национальность) и для студентов (76% - значима национальность) не выявлено.

Существенной дифференциации в значимости этнической идентификации по вузам не выявлено.

Значимость этнической идентификации для студентов оренбургских вузов (в %)

В какой степени для вас значима национальная принадлежность? (в %)



Существенных различий в значимости этнической идентификации между толерантными и нетолерантными студентами не выявлено.

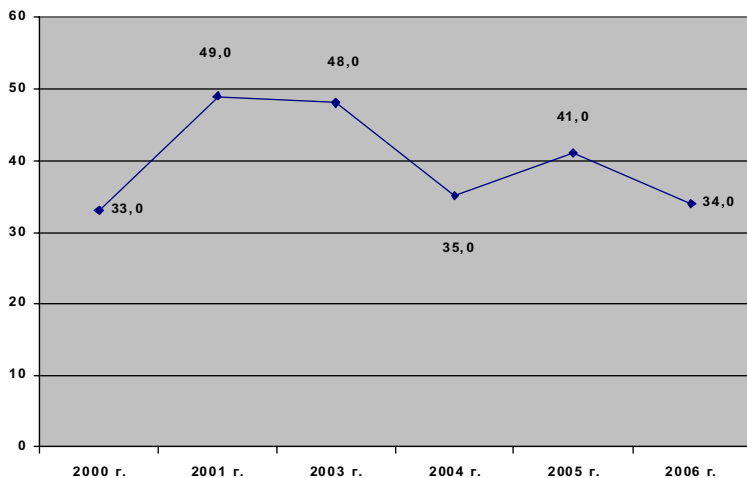
39% всех студентов испытывают негативные чувства к представителям разных национальностей, 51% не испытывает таких чувств. 10% затруднились с ответом.

Зафиксирован высокий уровень нетолерантности студентов МГЮА, где 44% студентов испытывают негативные чувства к представителям других наций.

Этнические стереотипы и предрассудки

Проявлением интолерантности (то есть нетерпимости к представителям других наций) можно считать недоброжелательное отношение оренбуржцев к представителям других наций.

В ходе мониторинга в течение последних пяти лет респондентам был задан вопрос: «Есть ли национальности, к представителям которых сами респонденты испытывают недоброжелательное отношение?». В 2005 г. утвердительно на этот вопрос ответили 41% участников опроса, в 2006 г. - 34%.



Уровень недоброжелательного отношения к людям другой национальности по своим абсолютным показателям, за все годы измерений, колеблется в пределах от самого минимального значения - 33% (2000 г.), до максимального - 49% (2001 г.).

В целом же за период 2000-2005 гг. основная масса населения области (50-60%) сохраняла внутри себя вполне терпимое отношение к инациональной среде оренбургского социума.

Молодежь области от 18 до 29 лет более подвержена этнической нетолерантности - 45% испытывают неприязнь к представителям других национальностей, а в группе старше 60 лет таких только 21%.

Негативные чувства у студентов вызывают представители следующих национальностей

цыгане	⇒ 22
азербайджанцы	⇒ 19
чеченцы	⇒ 18
армяне	⇒ 12
казахи	⇒ 11
таджики	⇒ 10
узбеки	⇒ 10
грузины	⇒ 6
татары	⇒ 6
башкиры	⇒ 5
евреи	⇒ 4

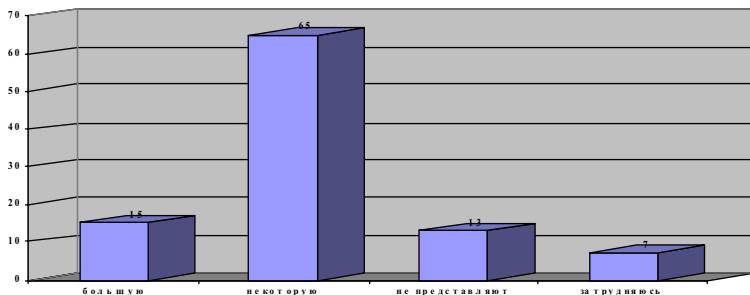
Зарегистрирован высокий уровень нетолерантности к цыганам - 22%, чеченцам - 18% и представителям среднеазиатских наций - 10-11%.

Негативное отношение нетолерантных студентов к этносам

цыгане	⇒ 52%
азербайджанцы	⇒ 44%
чеченцы	⇒ 40%
армяне	⇒ 30%
казахи	⇒ 29%
таджики	⇒ 24%
евреи	⇒ 10%
мордва	⇒ 5%
немцы	⇒ 5%
узбеки	⇒ 23%

Особое внимание руководству вузов следует обратить на группу нетолерантных студентов, их этнические фобии и предрассудки.

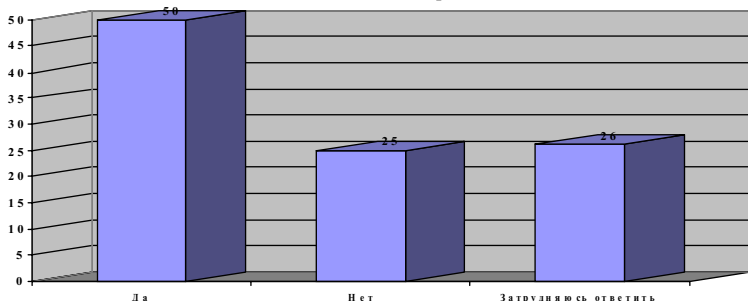
Представляют ли иммигранты угрозу стабильности РФ (в %)



Зафиксирован высокий уровень нетолерантности к иммигрантам. 80% студентов считают, что иммигранты представляют угрозу для стабильности РФ. И только 13% считают, что не представляют.

87% нетолерантных студентов видят угрозу стабильности РФ в иммигрантах. И только 13% считают, что не представляют угрозу для РФ. Но и среди толерантных студентов 76% также видят угрозу стабильности РФ от приезда иммигрантов.

**Существует ли в Оренбургской области
межнациональная напряженность**



Опрос зафиксировал, что в студенческой среде в 2 раза больше тех, кто считает, что **межнациональная напряженность есть (50%)**. Это может быть реакция на межнациональные отношения в студенческой среде.

Уже в 2006 г. наиболее высокая оценка межнациональной напряженности была зафиксирована в г. Оренбурге - 47% опрошенных считали, что в области есть межнациональная напряженность.

В 2006 г. по области

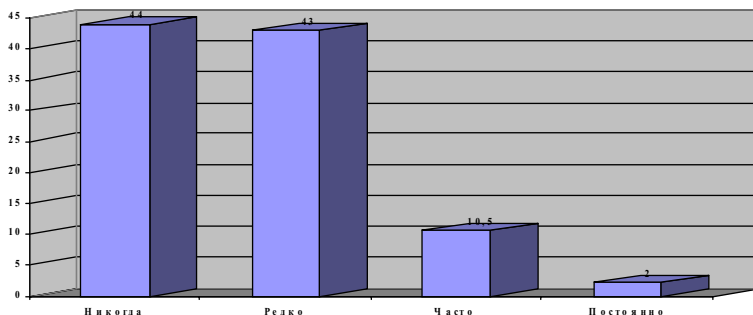
31% - да, есть напряженность,
51% - нет напряженности,
17% - затруднились ответить.

По г. Оренбургу

47% - да, есть напряженность,
37% - нет напряженности.

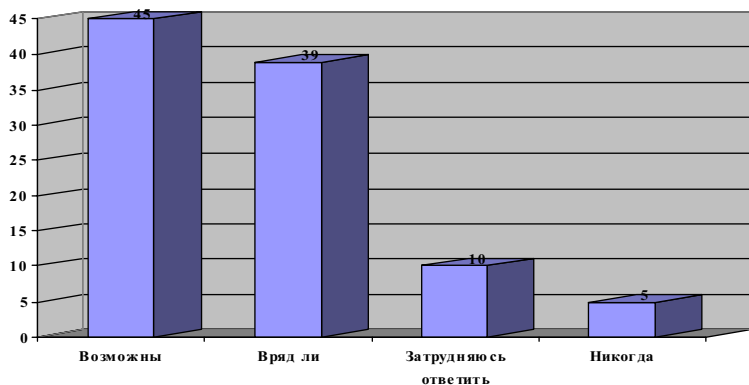
Напряженность в межнациональных отношениях более актуальна для нетолерантных студентов. 67% нетолерантных студентов отмечают наличие напряженности в межнациональных отношениях. Среди толерантных студентов только 37% отмечают напряженность. Только 12% нетолерантных студентов полагают, что нет межнациональной напряженности. А среди толерантных студентов так считают 36%.

Возможны ли межнациональные конфликты в Оренбургской области (в%)



55% студентов редко или часто, но встречались с проявлениями негативных отношений к людям своей национальности. 42% молодежи области в 2006 г. сталкивались с проявлением негативного отношения к людям своей национальности.

Возможны ли межнациональные конфликты в Оренбургской области (%)



Выявлен высокий уровень возможности межнациональных конфликтов в студенческой среде.

45,6% студентов вузов полагают, что межнациональные столкновения в нашем городе возможны. В **МГЮА** так считают **58%** студентов.

В мае 2006 г. возможность возникновения конфликтов: в Оренбурге прогнозировали - 50%, в Орске - 51%, в Бугуруслане - 44%, в Бузулуке - 57%, в Новотроицке - 33%.

53% нетолерантных студентов и 38% толерантных студентов предполагают, что конфликты в межнациональных отношениях возможны. Уровень опасений у нетолерантных студентов выше, чем у толерантных на 15%.

37% всех студентов вузов г. Оренбурга готовы к личному участию в межэтнических конфликтах, из них в:

ОГПУ	43%;
МГЮА	38%;
ОГМА	35%;
ОГУ	33%.

Итак, самый высокий уровень готовности к личному участию в межэтнических конфликтах выявлен у студентов ОГПУ - 43%.

Среди тех, кто считает, что в области есть напряженность в межнациональных отношениях, 46% готовы принять участие в межнациональных конфликтах.

Среди тех, кто считает, что напряженности в межнациональных отношениях нет, только 24% готовы участвовать в межнациональных конфликтах.

Среди нетолерантных студентов 48% готовы к участию в межнациональных конфликтах. А среди толерантных студентов таких только 20%. Это достаточно высокий конфликтный потенциал, который зафиксировал данный социопрос. Поэтому с данными этого опроса были ознакомлены руководители вузов города.

На наш взгляд:

1. Осуществляя введение в вузовские учебные планы факультативов по основам религиозных знаний и истории мировых религий, следует учитывать специализацию вузов, а также готовность самих студентов изучать эти курсы. Этот опрос выявил большую расположенность к изучению этих предметов у студентов на гуманитарных факультетах ОГУ и ОГПУ. Студенты ОИ МГЮА и ОРГМА значительно меньше заинтересованы в изучении этих предметов.
2. В проведении работы по нравственному воспитанию студентов в вузах следует учитывать, что 87% студентов считают себя верующими. Этот статус также привлекателен и признается в молодежной среде, как в советское время - атеизм.
3. Определенное беспокойство вызывает тот факт, что 48% студентов оренбургских вузов ощущают напряженность в межконфессиональных отношениях. Причины такого восприятия и проявления напряженности в межконфессиональных отношениях требуют дополнительного изучения. Поэтому необходим регулярный мониторинг отношения студентов к межконфессиональным и межнациональным отношениям с целью предотвращения конфликтов в молодежной среде по вопросам межнациональных и межконфессиональных отношений.
4. Выявлена корреляция между оценкой студентами межконфессиональных и межнациональных отношений, а также толерантностью и готовностью принять личное участие в конфликтах на стороне своей нации. Эту корреляцию также нужно учитывать в учебно-воспитательной работе в вузах города.
5. Более 50% студентов вузов ОГУ и ОГПУ готовы изучать Основы религиозной культуры. Причем большин-

ство студентов этих вузов полагает, что преподавать данные предметы должны преподаватели этих вузов.

6. Более 60% студентов всех вузов выразили готовность изучать такой предмет, как «История мировых религий». И это несмотря на то, что на гуманитарных факультетах преподают историю России и культурологию. Можно вести этот предмет в рамках регионального компонента, который в вузовском образовании пока сохраняется. Предмет может быть введен решением Ученых Советов соответствующих вузов города Оренбурга.

7. В связи с тем, что в ходе опроса выявлен относительно высокий уровень нетолерантности среди оренбургских студентов, нужна программа по снижению уровня межэтнической и межконфессиональной нетолерантности студентов вузов и предотвращении проявлений национализма и экстремизма в г. Оренбурге.

8. В связи с тем, что выявлен высокий уровень настороженности в отношении иммигрантов, следует продумать мероприятия по разъяснительной работе в молодежной среде по вопросу политики государства в отношении иммигрантов.

9. Нужно выяснить причины того, почему 50% студентов вузов отметили наличие напряженности в межнациональных отношениях в области. Нужно выяснить, почему более 50% студентов лично встречались с проявлениями национализма в отношении к представителям своей нации. Тем более, что 45% студентов вузов считают возможными межнациональные конфликты в области. 37% студентов вузов и 46% в ОИ МГЮА уже готовы вступить в конфликт. Если понадобится на стороне представителей своей нации.

Опрос проведен Социологическим центром «Общественное мнение» 23-26 декабря. Опрошено 200 студентов.

В ОГУ были опрошены студенты гуманитарного факультета: психологи (3 курс), историки (2 курс), религиоведы (1 курс).

В ОГПУ были опрошены студенты отделения физкультуры (2 курс), историки (2 курс) и экономисты-менеджеры.

В ОГМА были опрошены студенты 6 курсов по специальности «Лечебное дело», «Педиатрия», медико-профилактического отделения.

В ОИ МГЮА были опрошены студенты пятых курсов по специальности «Юриспруденция».

В опросе участвовало: 9% татар (в ОГУ - 12%); 9% казахов; 3% башкир; 3% украинцев.

В опросе также приняли участие 66% **русских студентов** во всех вузах: 57% - в ОГУ; 82% - в МГЮА; 62% - в ОГМА и 65% - в ОГПУ.

В опросе участвовали 43% мужчин и 57% женщин.

Вопросы гражданского права и процесса

К ВОПРОСУ О ПРАВОМОЧНОСТИ БЮДЖЕТНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ ОТЧУЖДАТЬ ИМУЩЕСТВО, ПРИНАДЛЕЖАЩЕЕ ИМ НА ПРАВЕ ОПЕРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ (АНАЛИЗ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ)

*Ащаулов А.В. -
к.ю.н., старший преподаватель кафедры конституционного
и международного права*

Переход России к строительству новых экономических отношений существенным образом изменил условия деятельности всех организаций, так или иначе участвующих в хозяйственном обороте. Учреждения, и ранее существовавшие в Советской России, не утратили своего места в современной российской экономической системе. Вместе с тем, проводимые реформы более четко обозначили цели участия учреждений в гражданских правоотношениях, выявили необходимость разработки новых подходов к определению их правового статуса как участников гражданского оборота.

Переориентация экономики России на рыночные отношения заставила государственные учреждения по-новому строить свою деятельность, законодатель был вынужден адаптировать правовой статус учреждений в соответствии с реалиями времени. Это способствовало тому, что возможности учреждений в частноправовой сфере значительно расширились. Вместе с тем, у учреждений, их учредителей и контрагентов стали возникать проблемы, связанные с отсутствием определенного законодательного регулирования ряда аспектов деятельности учреждений.

Внесенные изменения в статью 120 Гражданского кодекса РФ¹ четко классифицировали учреждения на бюджетные, автономные и частные. Вместе с тем, количество автономных и частных учреждений в настоящее время сравнительно невелико, поэтому правоприменительная практика выявила проблемы правового статуса лишь бюджетных учреждений.

¹ Изменения внесены Федеральным законом от 03.11.2006 г. №175-ФЗ "О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона "Об автономных учреждениях", а также в целях уточнения правоспособности государственных и муниципальных учреждений". // СЗ РФ. 2006 г. №45. Ст. 4627.

Среди подобных проблем можно выделить такие как:

- легитимность предпринимательской и иной приносящей доход деятельности учреждений;
- правовой режим доходов от подобной деятельности;
- субсидиарная ответственность учредителя (собственника имущества) по долгам учреждения;
- способность учреждений распоряжаться имуществом, находящимся у них на праве оперативного управления.

В последнее время правовому статусу учреждений уделяется значительное внимание как юристами теоретиками, так и практиками. Существует большое количество публикаций, посвященных отдельным аспектам указанных выше проблем, а также в целом вопросам правового статуса учреждений, причем часто авторы обосновывают диаметрально противоположные точки зрения. Думается, что разнообразие мнений в теории объясняется отсутствием до середины 2006 года единой согласованной позиции правоприменительных органов по многим из обозначенных выше проблемам.

В свете существования в теории и практике различных позиций, решающее значение приобретает судебное-арбитражное толкование правовых норм, регламентирующих правовой статус учреждений, содержащееся в Постановлении Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. №21 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров с участием государственных и муниципальных учреждений, связанных с применением статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации»¹. Комментируя его и ряд других Постановлений Пленума ВАС², В.В. Витрянский отмечает, что они «содержат принципиальные разъяснения, затрагивающие проблемы правового статуса государственных и муниципальных учреждений, возможности их участия в имущественном обороте, вопросы правового режима имущества, закрепленного за указанными учреждениями, порядка их ответственности по обязательствам, а также субсидиарной ответственности собственников имущества учреждений»³.

¹ СПС «Консультант плюс».

² Постановление Пленума ВАС №23 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами норм Бюджетного кодекса Российской Федерации» и Постановление Пленума ВАС №24 «О применении к государственным (муниципальным) учреждениям п. 2 ст. 1 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» и ст. 71 Бюджетного кодекса Российской Федерации».

³ Витрянский В.В. «Некоторые проблемы применения законоположений о правовом статусе государственных и муниципальных учреждений» / Законодательство, №12. // СПС «Гарант».

Е.А. Суханов, подчеркивая, что Постановления Пленума ВАС РФ «имеют формальное значение источника права»¹, отмечает серьезный вклад, внесенный указанными выше Постановлениями Пленумов в развитие, как гражданского законодательства, так и отечественной цивилистической доктрины. Высоко оценивая их значимость, Е.А. Суханов пишет, в частности, о том, что они «...по существу возродили к жизни фигуру бюджетного учреждения как относительно нормального участника гражданско-правовых отношений», «...теоретическая дискуссия о характере предусмотренного п. 2 ст. 298 ГК РФ «права самостоятельного распоряжения» (является ли оно разновидностью права оперативного управления, права хозяйственного ведения или самостоятельным гражданским правом) разрешена путем признания этого права арбитражно-судебной практикой разновидностью права оперативного управления»².

Таким образом, ВАС РФ сформулировал официальную позицию арбитражных судов РФ в отношении многих из проблемных вопросов правового статуса бюджетных учреждений обозначенных выше. Вместе с тем, несмотря на огромное позитивное значение указанных Постановлений Пленума для теории и практики в целом, некоторые аспекты гражданско-правового статуса учреждений остались недостаточно урегулированными, что способствует и в настоящее время отсутствию единообразия в применении арбитражными судами отдельных норм права об учреждениях. Прежде всего, сказанное касается п. 1 ст. 298 ГК РФ, а именно вопроса - кто (учреждение или учредитель) правомочен отчуждать имущество бюджетных учреждений, находящимся у них на праве оперативного управления и возможно ли вообще подобное отчуждение?

Способность бюджетных учреждений распоряжаться имуществом, принадлежащим им на праве оперативного управления, всегда являлась одной из дискуссионных проблем правового статуса учреждений. По сути, она содержит два аспекта: первая охватывает вопросы сдачи учреждением имущества в аренду, вторая - вопросы отчуждения имущества учреждений. И если первый аспект фактически получил надлежащее разъяснение в п. 9 указанного выше Постановления Пленума №21, то второй - так и остался недостаточно урегулированным.

¹ Суханов Е.А. «О развитии гражданско-правового статуса государственных и муниципальных учреждений». / Законодательство. №12. // СПС «Гарант».

² Суханов Е.А. «О развитии гражданско-правового статуса государственных и муниципальных учреждений». / Законодательство. №12. // СПС «Гарант».

Так, внесенные в Постановление Пленума ВАС №21 дополнения¹ фактически разрешают учреждениям распоряжаться имуществом путем его передачи в арендное пользование с согласия собственника имущества. В то же время, ни о каком ином распоряжении учреждениями имуществом, находящимся у них на праве оперативного управления, ничего в Постановлении Пленума не говорится. Означает ли это, что ВАС РФ не считает возможным какое-либо иное распоряжение учреждениями своим имуществом, принадлежащим им на праве оперативного управления, кроме как путем передачи его в аренду? Очевидно, да, но, к сожалению, прямо в тексте Постановления об этом нигде не говорится.

Вместе с тем, ВАС РФ разъясняет права собственника имущества учреждения, который «может распорядится по своему усмотрению только изъятым излишним, неиспользуемым либо используемым не по назначению имуществом. Поэтому собственник, передав учреждению имущество на праве оперативного управления, не вправе распоряжаться таким имуществом независимо от наличия или отсутствия согласия учреждения». Приведенные положения Постановления Пленума, в системном толковании с нормой п. 2 ст. 296 ГК РФ, согласно которой имуществом, изъятым у учреждения, собственник этого имущества вправе распорядится по своему усмотрению, позволяют сделать достаточно определенный вывод о том, кто и каким образом может распоряжаться имуществом, находящимся у учреждений на праве оперативного управления.

Многие могут возразить - п. 1 ст. 298 ГК РФ прямо определяет, что бюджетное учреждение не вправе отчуждать либо иным способом распоряжаться имуществом, закрепленным за ним собственником или приобретенным этим учреждением за счет средств, выделенных ему собственником на приобретение такого имущества. Что тут разъяснять и какие можно делать неоднозначные выводы? Вместе с тем, практика Федеральных арбитражных судов округов показывает, что не во всех регионах страны эту норму понимают и применяют единообразно. Противоречивая практика встречается даже в рамках одного Федерального арбитражного суда округа. И это свидетельствует о том, что разъяснять и делать выводы как раз стоит.

¹ Точнее в Постановлении Пленума ВАС РФ от 19 апреля 2007 г. №23 «О внесении дополнений в постановление пленума Высшего арбитражного суда от 22 июня 2006 года №21 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров с участием государственных и муниципальных учреждений, связанных с применением статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации». // СПС «Консультант плюс».

Для иллюстрации указанных противоречий представляется необходимым привести имеющиеся в правоприменительной практике позиции.

ФАС Западно-Сибирского округа в постановлении от 10 января 2008 г. №Ф04-49/2008(484-А45-13), Ф04-49/2008(428-А45-13), Ф04-49/2008(670-А45-13)¹, применяя п. 1 ст. 298 ГК РФ в качестве правового основания недействительности сделки ФГУ по отчуждению имущества, отмечает, что норма указанной статьи предусматривает распоряжение федеральной собственностью с разрешения собственника имущества. «Поскольку незавершенный строительством объект и земельный участок, на котором он расположен, являются федеральной собственностью, для отчуждения или распоряжения таким имуществом необходимо согласие собственника... оспариваемый договор в нарушение условий пункта 1 статьи 298 Гражданского кодекса заключен ФГУ «ННИИТО» без соответствующего решения собственника».

Аналогичная позиция прослеживается и в Постановлении ФАС Московского округа от 5 июня 2007 г. по делу №КГ-А40/4478-07. В частности, суд, признавая недействительным договор купли-продажи здания как противоречащий статьям 296 и 298 ГК РФ, указывает на то, что решение о его продаже принималось без согласования с Федеральным агентством по управлению федеральным имуществом и в последующем этот федеральный орган исполнительной власти возражал против отчуждения спорного имущества.

В Постановлении ФАС Северо-Кавказского округа от 24 октября 2007 г. по делу №Ф08-7027/2007, признается, что государственное учреждение, в силу п. 1 ст. 298 ГК РФ, не вправе вносить в качестве вклада ни земельный участок, ни право на него. Вместе с тем, юридические последствия подобного распоряжения суд связывает с согласием собственника на заключение и расторжение договора, на основании которого имело место фактическое отчуждение имущества.

ФАС Уральского округа в Постановлении от 6 ноября 2007 г. по делу №Ф09-8982/07-С6 признал договор комиссии ничтожным в силу того, что фактически учреждение распорядилось имуществом, принадлежащим ему на праве оперативного управления без согласия собственника. Вместе с тем,

¹ Здесь и далее тексты Постановлений ФАС округов взяты из СПС «Консультант Плюс».

имеется и другая позиция. В Постановлении от 15 октября 2007 г. по делу №Ф09-7190/07-С6 ФАС Уральского округа, признавая сделку по отчуждению недвижимого имущества ничтожной, в качестве одного из правовых оснований указал на п. 1 ст. 298 ГК РФ, при этом применение этой нормы не связывалось с наличием или отсутствием согласия собственника.

Другая позиция нашла отражение в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 13 марта 2007 года по делу №Ф03-А51/06-1/5372. Этим постановлением подтверждена легитимность решения, признавшего недействительными административные акты муниципалитета и субъекта Федерации о передачи объектов в муниципальную собственность по причине нарушения установленного законом порядка передачи высвобождаемого имущества в собственность субъекта Федерации и муниципальную собственность. В частности, ФАС отмечает, что «...правомерно не принят во внимание довод администрации муниципального образования о том, что передача спорного имущества произошла с согласия собственника, поскольку в письме, на которое ссылается заявитель, командование Тихоокеанского пограничного округа не возражало против передачи испрашиваемого имущества военного городка после согласования и подписания необходимых документов в установленном законом порядке. ... Передача такого недвижимого военного имущества в собственность субъектов Российской Федерации или муниципальную собственность возможна только по решению Министерства государственного имущества РФ, принятому по предложению Российского фонда федерального имущества».

ФАС Центрального округа в Постановлении от 26 ноября 2007 г. по делу №А35-5997/06-С22, применяя п. 1 ст. 298 ГК РФ, делает вывод о том, что учреждение даже с согласия собственника не может распоряжаться имуществом, закрепленным собственником за ним на праве оперативного управления. Кроме этого, суд указал на возможный порядок отчуждения имущества, находящегося у учреждения на праве оперативного управления: собственник имущества должен изъять такое имущество как излишнее, неиспользуемое либо используемое не по назначению, передать его в соответствующую казну, а лишь потом реализовывать.

О возможности распоряжения имуществом учреждения исключительно собственником и только после его изъятия из

оперативного управления учреждения свидетельствует Постановление ФАС Поволжского округа от 07.03.2006 г. по делу №А57-22641/04-34. Постановление ФАС этого же округа от 19 октября 2006 года по делу №А12-4719/06-С32 подтверждает, что государственное образовательное учреждение не обладает правом самостоятельно распоряжаться закрепленным за ним имуществом.

Аналогичный вывод делает ФАС Северо-Западного округа в Постановлении от 17 августа 2007 года по делу №А56-15633/2006 - учреждение в силу положений статьи 298 ГК РФ не вправе распоряжаться имуществом, закрепленным за ней на праве оперативного управления.

Интересной представляется позиция ФАС Волго-Вятского округа в Постановлении от 09.03.2006 г. по делу №А43-5087/2005-12-151. Признавая невозможность отчуждения любого закрепленного за учреждением имущества, кроме денежных средств, расходуемых по смете, суд указал, что при возникновении необходимости заключить сделку учреждение вправе просить собственника о том, чтобы он сам (от своего имени) произвел отчуждение принадлежащего ему имущества. Вместе с тем, суд отметил, что имеет значение и согласование совершаемой сделки с собственником.

Таким образом, в арбитражной практике можно выделить три различных позиции по вопросу о том, кто правомочен отчуждать имущество учреждений, принадлежащее последним на праве оперативного управления.

Первая из них допускает возможность учреждений самих отчуждать такое имущество при наличии на это согласия собственника имущества, некоторые суды даже допускают последующее одобрение собственником сделки в порядке ст. 183 ГК РФ.

Вторая позиция состоит в том, что учреждения ни при каких условиях не вправе отчуждать имущество, закрепленное за ними на праве оперативного управления. Таким имуществом вправе распоряжаться лишь собственник, для чего имущество сначала должно быть изъято из оперативного управления учреждения.

Третья позиция, в отличие от первых двух, встречается только в судебных актах, принятых до утверждения Постановления Пленума ВАС №21. Содержащаяся в ней конструкция отчуждения имущества учреждений заключается в том, что в случае возникновения необходимости распорядиться имущест-

вом, учреждение вправе просить собственника о том, чтобы он сам (от своего имени) произвел отчуждение принадлежащего ему имущества. Подобная позиция нашла отражение и в научной литературе¹.

Для полноты картины в отношении возможности бюджетных учреждений распоряжаться закрепленным за ними имуществом, интересной представляется и практика судов общей юрисдикции.

Так, в п. 16 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ по гражданским делам² указывается, что суд обоснованно исходил из того, что Университет вправе распоряжаться закрепленным за ним жилищным фондом путем распределения жилых помещений на условиях договора найма, договора аренды и продажи жилья, поскольку такое право было предоставлено учреждению собственником уставом и договором о закреплении имущества в оперативное управление. Довод же прокурора со ссылкой на ст. 298 ГК РФ о том, что это невозможно даже с согласия собственника имущества, признан ошибочным, не вытекающим из требований законодательства и социального назначения жилого фонда.

Иными словами, Верховный суд РФ допускает отчуждение бюджетными учреждениями имуществом, закрепленным за ними на праве оперативного управления.

Думается, что приведенное разнообразие подходов судов по вопросу о субъекте, правомочном отчуждать имущество, принадлежащее учреждениям на праве оперативного управления, не является нормальным. Получается, что в одних регионах России учреждения могут отчуждать такое имущество с согласия собственника, а в других - отчуждение имущества, находящегося у учреждений на праве оперативного управления, до изъятия такого имущества из оперативного управления невозможно вообще. Кроме того, даже в одном субъекте Федерации может иметь место ситуация, когда идентичные сделки по отчуждению учреждением имущества с согласия учредителя будут квалифицироваться и как действительные, и как недействительные в зависимости от статуса субъекта, в пользу кого произошло отчуждение имущества. Подобная про-

¹ Суханов Е.А. Право собственности и иные вещные права. Способы их защиты (комментарий к новому ГК). // Правовые нормы о предпринимательстве. - М., 1996. Вып. 3. С. 76.

² Обзор судебной практики Верховного Суда РФ. Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам. // Бюллетень ВС РФ. 1998. №9.

тиворечивость правоприменительной практики не отвечает интересам ни самих учреждений, ни их контрагентов, не способствует она и устойчивости гражданско-правового оборота с участием учреждений.

Анализируя арбитражную практику, нельзя не заметить, что ВАС РФ в Постановлении Пленума от 22 июня 2006 г. №21, хоть и не совсем четко, но определил свою позицию в отношении рассматриваемого в настоящей статье вопроса. В п. 9 Постановления разъясняются права собственника по распоряжению имуществом учреждений, в то же время ничего не говорится об отчуждении самими учреждениями имущества, принадлежащего им на праве оперативного управления. Очевидно, Пленум подразумевал, что сами учреждения, исходя из буквального толкования закона, не могут отчуждать не принадлежащее им на праве собственности имущество. Однако не для всех ФАС округов подобное понимание ст. 298 ГК РФ оказалось бесспорным. Представляется, что сложившаяся ситуация отсутствия единообразия арбитражной практики по вопросу субъекта, правомочного отчуждать имущество учреждений, может быть исправлена ВАС РФ путем внесения дополнений в Постановление Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. №21, предписывающих судам применять в соответствии с буквальным значением норму п. 1 ст. 298 ГК РФ.

ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ ВЗГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ ПОИСКА ОПТИМАЛЬНОЙ ПРОЦЕДУРЫ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ ОБ УСЫНОВЛЕНИИ (УДОЧЕРЕНИИ)¹ ДЕТЕЙ

Буянова Е.В.-

преподаватель кафедры гражданского права и процесса

История развития института усыновления насчитывает многие тысячи лет. Менялись эпохи, ценности, правовые источники, посредством усыновления достигались различные государственные цели, что не могло не повлиять на правовое регулирование процедуры усыновления.

¹ Далее по тексту - "усыновление".

Анализ древнеримского законодательства об усыновлении позволяет говорить о двух видах усыновления¹. Первый вид усыновления, *agrogatio*, осуществлялся публично в народном собрании, с участием как усыновителя, так и усыновляемого. При этом усыновителем и усыновленным могли быть только лица, которые имели право участвовать в народном собрании. После того, как все обстоятельства были исследованы и установлено, что кандидаты отвечают всем требованиям, народному собранию как единственному законодательному органу в Риме, предлагалось рассмотреть и решить вопрос об усыновлении. Если вопрос решался положительно, то это означало, что процедура усыновления считалась *iussus populi*, то есть законом. В дальнейшем необходимость в санкционировании усыновления народным собранием была отменена, и процедура *arrogatio* стала производиться *per rescriptum prinsi pis*, то есть путем оформления рескриптом императора.

Второй вид усыновления в Риме, *adoptio*, означал смену главы семьи, которому подчинялся подвластный. Такое усыновление влекло разрыв кровных связей с прежней семьей и создавало кровные узы с семьей усыновителя. *Adoptio* совершалось так же, как и *emancipatio*, путем использования Законов 12 таблиц о троекратной *emancipatio*. Согласно этим правилам, процедура усыновления слагалась из двух этапов: на первом происходило освобождение подвластного из-под отцовской власти, под которой он находился до сих пор, а на втором подвластный вступал под власть усыновителя. Для освобождения от власти подвластного сына необходима была его троекратная фиктивная продажа, с последующим освобождением мнимым покупателем. В данном случае подвластный лишь выходил из-под власти, не становясь при этом усыновленным. Поэтому после того, как «продажа сына» совершалась в третий раз, «покупатель» не отпускал его на «свободу», а выступал в качестве ответчика по иску *vindicatio in patriam potestam*. Такой иск предъявлял усыновитель по заранее достигнутой с ним договоренности. Он являлся вместе с подвластным к претору, где позитивно или путем молчания признавал иск, после чего претор объявлял подвластного состоящим под *patria* усыновителя. Однако ввиду своей сложности процедура «троекратного выкупа» при Юстиниане была заме-

¹ Бородич К.Ю. Усыновление детей-граждан России иностранными гражданами: Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 2005. С. 21; Летова Н.В. Усыновление в Российской Федерации: правовые проблемы.- М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 2.

нена простым заявлением перед судом. Существовавшие до него два вида усыновления вводили усыновленного в агнатическую семью усыновителя. Юстиниан попытался ослабить ее значение, так как она не уничтожала власть кровного отца, а лишь устанавливала право наследования усыновленного после усыновителя¹. Все это позволяет сделать вывод о том, что в Риме усыновление было средством приобретения в усыновляемом лице, которое после смерти усыновителя было бы преемником его культа от его имени, словом, его политического и религиозного «я»².

Прочие процедуры усыновления, которые можно встретить в различных концах света, по сути своей были схожи с той, которая господствовала в римском праве. Выражались они в том, что во всех случаях требовались те или другие акты, которые примирили бы родовых богов с чужеродцем и адаптировавшими его сородичами. Поэтому усыновление всегда сопровождалось религиозными церемониями, особыми символическими приемами, а всякое индивидуальное усыновление требовало согласия рода. Все это свидетельствовало о величественности и торжественности обряда усыновления.

Так, германская процедура состояла в том, что усыновитель и усыновляемый являлись в суд, где новый отец вручал своему сыну щит и копье, выражая тем самым приобщение приемыша к своим правам. Затем следовал трехдневный пир, что имело целью придать публичность совершенному акту³.

У ирокезов церемония адаптации совершалась в присутствии всего собравшегося племени, причем после провозглашения нового имени усыновленного последнего под руки водили взад и вперед через дом совещаний, а народ все время пел религиозные гимны.

Индусы для совершения обряда усыновления выбирали счастливый день приношения жертвы богам и планетам, после чего обе стороны, произнося формулу договора, клялись огнем и водой и вместе пили шафрановый отвар.

У писанов усыновляемый был обязан зарезать быка и барана, а также поставить вино для угощения жителей селения. Угощение это первоначально, вероятно, имело значение жертвоприношения.

¹ Летова Н.В. Указ. соч. С. 2-4.

² Летова Н.В. Указ. соч. С. 4.

³ Загоровский А.И. Курс семейного права. / Под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. - М.: Издательство "Зерцало", 2003. С. 386.

В самых различных местах встречается символ сосания, молочного родства. Так, например, у ингушей обряд усыновления требовал прикосновения губами или руками к груди усыновляющей или какой-нибудь старой женщины рода, у других - киргизов, гурийцев и т.д. - настоящее сосание, у третьих, например, в Абиссинии, простое лизание пальца усыновителя.

Также очень распространенные ранее обряды подражания акту рождения разительно схожи в настоящее время со сложившимся на практике институтом имитирования беременности. Широко практиковался этот обряд, например, у греков (Гера усыновила Геркулеса тем, что вошла на свое ложе, подняла титана на свое лоно и потом уронила); у римлян оно считалось обязательным моментом усыновления вплоть до Трояна, который перенес эту процедуру с брачного ложа в храм Юпитера.

В средневековой Европе усыновляемого клали под рубашку каждого из приемных родителей, а впоследствии подводили под плащ, откуда название «Mantelkindet» - усыновленные дети. У турок вместо термина «усыновлять» говорили «пропустить через ворот рубашки».

У многих народов символом усыновления служило взаимное вкушение крови. У бурят усыновителю надлежало кланяться *genitalia* матери усыновленного.

Генезис этих символов вызывал много различных объяснений. Но наиболее естественное объяснение крылось в той же причине, которая создала символы умыкания: именно в наивном желании первобытного человека обмануть своих родовых богов, убедить их фиктивными действиями в том, что усыновленный - не фиктивный, а действительный, кровный сородич. Все эти фиктивные действия были нацелены на убеждение древних богов в кровном родстве с усыновленным для продолжения рода¹.

На Руси усыновление, как прием «стороннего» в состав семьи, совершалось еще во времена язычества, то есть было известно с древнейших времен. Основной его целью являлось приобретение наследника, который поминал бы души бездетных супругов, так как в языческие времена забота о душах усопших возлагалась на их детей. Процедуры усыновления были

¹ Энциклопедический словарь. Том XXXV. Издатели Ф.А. Брокгауз (Лейпциг), И.А. Ефрон (СПб.). - СПб., 1902; Якушкин. Обычное право русских инородцев. - М., 1899; Якушкин. Обычное право. - М., 1875; Леббок. Начало цивилизаций; Мэн. Древний закон и обычай; Он же. Древняя история учреждений. С. 561.

различными, регламентировались обычаями и представляли собой:

- обряд фиктивного рождения, в котором мог участвовать и мужчина, если он усыновлял ребенка¹. Подражание акту рождения практиковалось в некоторых раскольничьих толках. Так, женщина ложилась в постель, охала и стонала, произносила известные молитвы и в заключение новорожденного пропускали сквозь рубашку роженицы. Процедура носила название «перерождение». В некоторых уездах Ярославской и Новгородской губерний на мнимую роженицу даже надевали рубашку, испачканную кровью²;

- женитьбу на вдове брата;
- фактический прием усыновляемого в дом;
- особый договорный акт между усыновителем и усыновляемым³.

Юридическая же идея усыновления к нам перешла в первый раз из греко-римского права с принятием на Руси христианства и сохранилась в церковной юрисдикции. Дела об усыновлении подлежали церковному ведомству. Объяснялось данное обстоятельство, скорее всего, тем, что сами акты рождения также относились на Руси к ведению церкви. Именно поэтому долгое время гражданских форм усыновления не было, но из памятников видно, что усыновленный входил в семейство и приобретал наследственные права⁴. Для силы усыновления требовалось утверждение акта его епархиальным архиереем⁵, и проводился специальный церковный обряд сыновотворения⁶. При этом усыновленный приобретал права сына, в том числе и наследственные.

Отечественное законодательство, посвященное усыновлению, стало развиваться в основном в начале 19 века. В период реформ Петра I, так же, как и в эпоху царствования Екатерины II, специального внимания усыновлению не уделялось⁷. Наиболее активная разработка норм об усыновлении

¹ Косвен М.О. Матриархат. - Л., 1948. С. 130.

² Энциклопедический словарь. Том XXXV. С. 561.

³ Батурина Н.И. Усыновление (удочерение) детей по российскому семейному праву: Дисс. канд. юрид. наук. - Волгоград, 2005. С. 16.

⁴ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть вторая: права семейственные, наследственные и завещательные. - СПб., 1896. С. 203.

⁵ Загоровский А.И. Курс семейного права. - М., 2003. С. 386-387.

⁶ Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. - Киев. 1886, выпуск II. С. 137.

⁷ Прудникова Л.Б. Усыновление (удочерение) детей гражданами РФ, иностранными лицами, лицами без гражданства: Дисс. канд. юрид. наук. - Ростов-на-Дону, 2004. С. 19.

нашла отражение в Уставе гражданского судопроизводства 1864 года (ст. 1460 и 1460)¹ и в Своде законов гражданских (ст. 145-151)². Немаловажным является и то, что УГС 1864 г. различал узаконение и усыновление детей. Причем, узаконение отличалось от усыновления тем, что узаконить можно было только своих детей, а усыновить можно и своих, и чужих³.

Дела об усыновлении, согласно УГС 1864 г., рассматривались в порядке «охранительного» производства. Такое положение сохранялось вплоть до 1923 г. Свод законов гражданских по-прежнему всячески охранял принцип сословности. Это правило отражалось в конкретных правовых предписаниях. Так, усыновление дворянами осуществлял окружной суд. Мещане и сельские обыватели усыновляли ребенка благодаря приписке его к своей семье. Однако такие правила были установлены не сразу. Первоначально, несмотря на неукоснительное действие принципа сословности в Российской империи, в соответствии со Сводом законов гражданских 1887 г. окружному суду были подсудны не только дела об усыновлении лицами, принадлежащими к привилегированным сословиям, а вообще лицами, которые не были обязаны приписываться к городскому или сельскому обществам, например, иностранцы, нижние служители гражданского ведомства, отвечающие условиям о службе гражданской, нижние воинские чины, уволенные к 25 июня 1867 г. в отставку и прочие⁴. Так, Петербургский окружной суд удовлетворил ходатайство счетчика государственного банка Н-ева (1893 г., №40), почтальона петербургского почтамта В-ева (1892 г., №1091), отставного рядового Ш-ича (1891 г., №516) об усыновлении ими их воспитанников. Кроме того, окружным судам были подсудны дела об усыновлении крестьянами и мещанами лиц, принадлежащих к привилегированным сословиям, так как по смыслу ст. 158 Свода законов гражданских, крестьянам и мещанам позволялось усыновлять через приписку к своим семействам только лиц непривилегированного состояния. В производстве петербургского окружного суда имелось только одно такое дело⁵. Соответственно, не подсудны были окружному суду дела об усыновлении крестьянами и мещанами лиц непривилегированных сословий и состоящими на действитель-

¹ Далее по тексту - УГС 1864 г.

² Прудникова Л.Б. Указ. соч. С. 19.

³ Там же. С. 19.

⁴ Шматков К. Узаконение и усыновление детей. - СПб., 1894. С. 161.

⁵ Там же. С. 161.

ной службе нижними воинскими чинами. Такой процессуальный порядок усыновления, по мнению юристов того времени, сильно ограничивал принцип «всесословности»¹. В представлении министерства юстиции, на странице 40, по этому поводу говорилось следующее: «...Порядок совершения акта усыновления в окружном суде, вполне целесообразный в отношении к лицам прочих сословий, едва ли мог быть с пользою применен при усыновлении крестьянами и мещанами, относительно которых представлялось бы желательным сохранить вполне соответствующий их быту и по простоте своей доступный их пониманию обряд усыновления путем приписки к семейству усыновителей»². И с этого момента усыновление мещанами и сельскими обывателями совершалось припиской усыновленного к семейству усыновителя, во всех же остальных случаях усыновление совершалось в судебном порядке.

На самом деле для дворян процедура усыновления была еще сложнее, так как обращению в суд с разрешением об усыновлении у них предшествовало составление акта об усыновлении у нотариуса, а после судебной процедуры следовало утверждение этого акта судебной палатой. Процессуальный порядок усыновления также имел свои особенности. Просьба об усыновлении подавалась в окружной суд по месту постоянного жительства или усыновителей, или усыновляемого ребенка, а где не было окружных судов, усыновление производилось судебными местами³. Рассматривались дела об усыновлении судьей окружного суда единолично, что соответствовало существовавшей в Российской империи судебной системе. В просьбе об усыновлении было достаточно указать на то, что усыновляемый ребенок действительно не состоит уже в усыновлении у другого лица, представление доказательств в подтверждение этого факта законом не требовалось. В отличие от просьбы об узаконении, которая не могла подаваться через поверенных, а должна была быть приносима лично самими просителями, просьбу об усыновлении, согласно УГС 1864 г., имел возможность подавать и поверенный, но в этом случае последний должен был представить окружному суду специальную доверенность «на хождение по этому делу»⁴. С просьбой об усыновлении ребенка могли обратиться только

¹ Шматков К. Указ. соч. С. 161.

² Там же. С. 162.

³ Батурина Н.И. Указ. соч. С. 19.

⁴ Устав гражданского судопроизводства 1864 г. СПС «Гарант».

лица, «желающие стать по отношению к усыновляемому в положение родителей»¹.

Российский закон никогда не говорил о необходимости предварительного договора между участниками усыновления, но, несомненно, что окружному суду, ведущему дело об усыновлении, должны были быть представлены данные, удостоверяющие наличие согласия всех участников усыновления², тем более что личная явка их в суд была необязательна, учитывая возможность участия в судебном заседании поверенного. Согласно параграфу 2 ст. 1460 УГС 1864 г., согласие на усыновление могло быть выражено как подпиской, данной в судебном заседании, так и в прошении на имя суда или в другом документе, исходящем от лиц, изъявивших согласие. Кроме того, ввиду требуемого ст. 149 Свода законов гражданских согласия на усыновление со стороны родителей усыновляемого, необходимо было удостоверить происхождение последнего от данных родителей. Этот факт удостоверялся первоначально консисторскими или протопресвитерскими свидетельствами о рождении усыновляемого. Однако принимались судом в качестве подтверждения вышеозначенного факта и церковные свидетельства о рождении. Если родители на момент обращения в суд с просьбой об усыновлении умерли, необходимо было представить церковные свидетельства об их смерти. Заявления родителей, опекунов или попечителей усыновляемого, самого усыновляемого, если он достиг возраста 14 лет, о согласии на усыновление, а также подписка супруга должны были официально свидетельствоваться. В тех случаях, когда прошение об усыновлении подавалось совместно супругами, а удовлетворялось ходатайство только одного из них, ходатайство же другого по каким-либо причинам отклонялось, прошение последнего супруга шло в зачет его согласия на усыновление первым.

Воля усыновителя выражалась окончательно в просьбе об усыновлении и не нуждалась в подтверждении перед судом. Поэтому, когда усыновитель умирал после подачи просьбы об усыновлении, она подлежала удовлетворению, но не подлежало удовлетворению ходатайство об усыновлении лица умершего, желавшего, но не успевшего просить об усыновлении.

¹ Зен С. Конспект русского гражданского судопроизводства. - М.: Изд-во "Современность". СПС "Гарант". Классика российского правового наследия. С. 393.

² Летова Н.В. Указ. соч. С. 3.

Кроме того, суду также должны были быть представлены сведения и удостоверения, что соблюдены и прочие условия, требования закона относительно возраста, семейного, сословного состояния усыновителя и усыновляемого, а равно религии и согласия указанных выше лиц (Зак. Гражд., ст. 145-151)¹. При рассмотрении ходатайства об усыновлении окружным судом опекуновское учреждение должно было представить «удостоверение», подтверждающее, что усыновление не обратится во вред усыновляемому.

Суд, приняв во внимание все эти данные и выслушав заключение прокурора, выносил определение об удовлетворении ходатайства или об отказе в этом². Усыновление считалось состоявшимся со дня вступления определения суда в законную силу. Данное определение можно было обжаловать в Судебную палату в порядке частного производства³. Согласно УГС 1864 г., с жалобой на определение окружного суда по делам об усыновлении был вправе обратиться и прокурор.

В условиях регулирования процессуального порядка усыновления УГС 1864 г. в судебной практике остро назрел вопрос о том, а вправе ли окружные суды передавать усыновленным фамилии их усыновителей? На этот счет ученые того времени высказывались неоднозначно. Одни указывали на то, что предоставление усыновленным фамилий их усыновителей вовсе не относится к ведению окружного суда. Другие полагали, что суды не вправе передавать усыновленному фамилию его усыновителя только в случаях усыновления законных детей, то есть когда через такую передачу изменялась бы природная фамилия усыновленного, а не приобреталась бы им впервые. Третьи же настаивали на том, что окружной суд может передавать усыновленному вне зависимости от законности его рождения фамилию усыновителя, если только усыновитель не является потомственным дворянином. И это мнение представлялось на тот момент наиболее правильным. В настоящее время подобной проблемы не существует, так как в ч. 1 ст. 274 ГПК РФ закрепляется возможность удовлетворения судом просьбы усыновителей (усыновителя) о записи их в качестве родителей (родителя) ребенка в записи акта о его рождении, а также об изменении даты и места рождения ребенка.

¹ Летова Н.В. Указ. соч. С. 3.

² Там же. С. 3.

³ Устав гражданского судопроизводства 1864 г. Т. 16. Ч. 1. СПС «Гарант».

Небезынтересным представляется и то, что УГС 1864 г. ничего не говорит о тайне усыновления и рассмотрении данной категории дел в закрытом судебном заседании, не закрепляет он и процессуальных сроков для рассмотрения дела об усыновлении.

В целом следует указать на то, что порядок усыновления детей по УГС 1864 г. был практически тем же, что и при узаконении детей. Однако имелось одно существенное отличие. Заключалось оно в том, что в дело об усыновлении дозволялось вступать во время производства по нему в суде лицам, права которых нарушались усыновлением. Эти лица могли представить свои возражения во время производства по делу об усыновлении, или же начать впоследствии, в течение двух лет со времени вступления в законную силу определения суда об усыновлении, спор в общеисковом порядке. Однако при этом в УГС 1864 г. делалась одна очень жесткая оговорка – этот спор мог быть заявлен только при жизни усыновителя (ст. 1460¹² УГС 1864 г.)¹. В ныне действующем ГПК РФ подобная норма отсутствует, однако в ч. 3 ст. 263 говорится о том, что в случае, если при подаче заявления или рассмотрении дела в порядке особого производства устанавливается наличие спора о праве, подведомственного суду, суд выносит определение об оставлении заявления без рассмотрения, в котором разъясняет заявителю и другим заинтересованным лицам их право разрешить спор в порядке искового производства. Следует признать, что положения УГС 1864 г. на этот счет являются в процессуальном смысле более продуманными и направленными на защиту интересов не только ребенка, но иных лиц, участвующих в деле. ГПК РФ, наоборот, ограничиваясь лишь этой нормой, не дает ответов на многие практические вопросы.

Для иностранцев в вопросе порядка усыновления закон никаких исключений не делал, следовательно, и на них также распространялся принцип сословной принадлежности, а значит, и процедура усыновления для них была такой же, как для граждан Российской империи. Объяснялось это тем, что иностранцы, прибывавшие в Россию или жившие в ней, подчинялись законам Российской империи и пользовались «всеми правами, этими законами установленными». А в комментариях к Закону от 12 марта 1891 г. «О детях усыновленных и

¹ Зен С. Указ. соч. С. 393.

узаконенных» говорилось: «Что касается права иностранцев усыновлять русских подданных, нет оснований ставить преграды проявлению того доброго чувства, которым вызывается усыновление»¹. Однако устанавливалось требование, согласно которому «иностранцы, не русские подданные, имеют право усыновлять подкидышей и не помнящих родства, с тем, чтобы неизвестные младенцы были воспитываемы в православной вере» (Свод законов гражданских, ст. 163). Тем самым государство охраняло интересы детей - подданных Российской империи.

Заканчивая анализ процессуального порядка усыновления этого периода развития отечественного права, нельзя не обратить внимание на содержащуюся в УГС 1864 г. аргументацию именно судебного рассмотрения данной категории дел: «...Подчинение дел об усыновлении судебному порядку является вообще достаточным ручательством правильного их решения...» (ст. 1460, параграф 1)². На первый взгляд складывается мнение о том, что в Российской империи авторитет и компетентность судей не подвергались никакому сомнению, и именно суд рассматривался как исключительный и наиболее надежный способ легитимного усыновления. Однако, в то же время, согласно УГС 1864 г., «вынесенное окружным судом определение об усыновлении подлежало утверждению судебной палатой»³. Данное обстоятельство дает нам необходимые основания для того, чтобы согласиться с мнением тех ученых, которые, исследуя гражданское процессуальное законодательство Российской империи, пришли к выводу о том, что «законодательство об усыновлении этого периода предписывало суду проводить только формальную проверку соблюдения условий усыновления, не касаясь, подобно римскому и романскому законодательству, проверки материально-нравственной годности усыновителя и полезности усыновления для усыновляемого»⁴ и использовалось для «охраны имущественных интересов усыновителя-наследодателя. Одновременно, благодаря усыновлению, осуществлялась защита прав ребенка путем устройства его в семью»⁵. Но, несмотря на это, именно

¹ Журнал Министерства юстиции. - СПб., 1897. №3. С. 226.

² Устав гражданского судопроизводства. СПС «Гарант».

³ Нечаева А. Усыновление детей иностранцами в Российской империи. // Российская юстиция. №10. Октябрь 2002. СПС «Гарант».

⁴ Летова Н.В. Указ. соч. С. 9.

⁵ Терещенко Е.Э. Усыновление как одна из форм реализации прав ребенка жить и воспитываться в семье: Дисс. канд. юрид. наук. - М., 2003. С. 17.

Устав гражданского судопроизводства 1864 г., как важная веха судебной реформы в Российской империи и виднейший правовой памятник России, явился мощным законодательным пластом подробного урегулирования процессуального порядка усыновления, максимально приближенного к положениям ныне действующего Гражданского процессуального кодекса РФ.

Следующий очень длительный по времени этап развития законодательства об усыновлении - это период становления и развития советской республики. Необходимо отметить, что отношение к институту усыновления в данный период было очень неоднозначным. Так, Кодексом законов об актах гражданского состояния 1918 г.¹ институт усыновления был вообще отменен. Ученые того времени по-разному объясняли такое законодательное решение. Одни полагали, что основная причина - опасение со стороны высших эшелонов власти того, что институт усыновления может быть использован в качестве ширмы для эксплуатации несовершеннолетних². Кроме того, к усыновлению могли прибегнуть исключительно с той целью, чтобы не допустить перехода наследственного имущества в руки государства, искусственно создав наличие лиц, обладающих, по декрету ВЦИК от 27.04.1918 г. «Об отмене наследования», правом на получение имущества после умершего»³.

Однако в правовой доктрине имела место позиция, обосновывающая отмену института усыновления причинами идеологического характера. Предполагалось, что органы социального обеспечения будут иметь широчайшие задачи и функции, что будет устранена частная благотворительность, а заботу о детях целиком возьмет на себя государство.

В литературе называлась и еще одна причина - теоретического характера. В основу семейного союза Кодексом 1918 г. было положено «действительное происхождение» детей. Это начало было несовместимо с институтом усыновления. Считалось, что усыновление создает искусственное родство, а новое право, порывающее с фикциями вообще, и в этом случае от них отказывается⁴.

¹ Далее по тексту - КЗАГС 1918 г.

² Кишкин С. Детская беспризорность и институт усыновления. // Революционная законность. 1926. №3-4. С. 19.

³ Кишкин С. Указ. соч. С. 19.

⁴ Кустова В.В. Усыновление по законодательству первых лет советской власти. // Журнал российского права. №2. 2002. С. 152.

Некоторые ученые, оценивая вышеизложенные правовые нормы об усыновлении советского периода, полагают, что «в условиях гражданской войны, дестабилизации общества и разрухи семейное воспитание чужого ребенка по понятным причинам было обеспечить сложно, поэтому иного решения вопроса об устройстве детей, оставшихся без попечения родителей, кроме как их воспитания в детских воспитательных учреждениях, в общегосударственном масштабе, возможно, в то время и не могло быть»¹.

Частично институт усыновления реанимировался законодателем во время страшного голода, поразившего страну в 1921 году, когда производилось оформление фактически сложившихся отношений усыновления, а также посредством введения института примачества, по смыслу которого состав крестьянского двора увеличивался в случае вхождения в крестьянский двор примача: как совершеннолетнего, так и несовершеннолетнего². Однако все эти попытки не имели положительных результатов ни с фактической, ни с юридической стороны.

Назревшая социальная необходимость восстановления института усыновления выразилась в том, что 18 января 1926 года Постановлением СНК РСФСР, утвержденным ВЦИК, была введена в действие глава 3 раздела 2 проекта Кодекса о браке, семье и опеке, которая вернула к жизни усыновление, закрепив административный порядок усыновления. Объяснялась такое кардинальное изменение процедуры усыновления, прежде всего, стремлением советского законодателя унифицировать гражданский процесс, сделав его исковым. Народный комиссариат юстиции РСФСР считал «принципиально допустимым судебное рассмотрение лишь таких дел, которые связаны со спором о праве гражданском, ибо к разрешению именно этих дел суд более приспособлен, чем какой-либо иной орган Советской власти. Дела, где нет спора о праве, правильнее было бы передать другим учреждениям, которые могли бы наилучшим образом удовлетворить нужды населения»³.

В соответствии с первым советским законом об усыновлении вопросами усыновления ведали органы опеки и попе-

¹ Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. / Учебное пособие. - М.: Издательство "Статут", 2001. С. 179-180.

² Косова О.Ю. Указ. соч. С. 153.

³ Батурина Н.И. Указ. соч. С. 28.

чительства, которыми в городах являлись отделения народного образования, а в сельской местности - районные исполнительные комитеты. Желая усыновить ребенка должен был обратиться в соответствующий орган, сообщив перечень сведений, утвержденный Распоряжением Народного комиссариата просвещения от 12 июня 1926 года №104. После выяснения и проверки всех необходимых сведений, как правило, проводилось обследование условий быта усыновителя. Усыновление могло быть установлено только в отношении несовершеннолетних и в их интересах. Не разрешалось усыновление, если цели его были иными, например, закрепление излишков жилой площади. Под интересами ребенка понималось не только материальное содержание, но и надлежащее трудовое воспитание, подготовка к общественно полезной жизни. Закон устанавливал требования к личности усыновителя, возрасту усыновляемого, а также требование о наличии согласия родителей (или лиц, их заменяющих) и ребенка, если он достиг возраста десяти лет. Помимо этого, требовалось согласие супруга усыновителя. Вопрос о включении этой статьи в Кодекс законов о браке, семье и опеке вызывал оживленные дискуссии как в политических, так и в научных кругах. Сторонники первой точки зрения считали неправильным связывать инициативу одного из супругов, решившего усыновить ребенка, требованием согласия на усыновление другого супруга. Однако сторонники победившей точки зрения вполне обоснованно указывали, что при отсутствии согласия на усыновление со стороны супруга усыновителя совершенно исключается возможность обеспечить усыновленному ребенку нормальные условия воспитания¹.

Согласие родителей не требовалось, если они безвестно отсутствовали, были лишены родительских прав или признаны душевнобольными. В случае разногласия между родителями по вопросу об усыновлении их ребенка, и если при этом орган опеки признавал усыновление желательным, дело, в соответствии со ст. 153 Кодекса законов об актах гражданского состояния, передавалось в суд. Если ребенок находился в детском учреждении, и ему не был назначен опекун, согласие на усыновление давало соответствующее детское учреждение. При усыновлении ребенка, у которого были и родители (или один из них), и опекун, требовалось согласие обоих. По об-

¹ Кишкин С. Указ. соч. С. 19.

щему правилу, усыновление одного ребенка двумя лицами не допускалось, исключением являлась только ситуация, когда происходило усыновление одного ребенка двумя супругами. В этом случае усыновители должны были представить документы, подтверждающие брак.

По мере накопления опыта усыновления становились очевидными некоторые проблемы, в частности, необходимость получения согласия родителей на усыновление, которое зачастую являлось непреодолимым препятствием для усыновления и не всегда было в интересах ребенка. Поэтому циркуляром Наркомпроса РСФСР 1934 г. стало разрешаться усыновление без согласия родителей, если более года не было известно их местопребывание, а также когда они жили отдельно и не участвовали в воспитании и содержании ребенка.

Кроме того, первоначально Кодексом не регулировался вопрос об усыновлении, осложненном иностранным элементом. 3 сентября 1928 года ст. 139 Кодекса законов о браке, семье и опеке была дополнена примечанием, в соответствии с которым допускалось усыновление иностранными гражданами и подданными, проживающими на территории СССР, при соблюдении установленных законом правил и ограничений. В каждом отдельном случае усыновления иностранцами требовалось разрешение исполнительного комитета по месту жительства усыновляемого. Граждане СССР могли усыновлять граждан СССР на территории иностранных государств. В соответствии с Консульским уставом 1928 г. в таких случаях усыновление производили консулы¹. О возможности усыновления иностранных граждан и подданных советскими гражданами законодательство умалчивало.

Усыновленному могла быть присвоена фамилия усыновителя. В случае, если усыновленный был старше десяти лет, для этого необходимо было его согласие. В соответствии с разъяснениями Народного комиссариата просвещения крайне нежелательно было изменение фамилии усыновленного, если его родители были известны деятельностью на революционном поприще, в области науки, искусства.

Регистрация актов усыновления возлагалась на соответствующие территориальные органы загса. Если органы загса в присланных копиях постановлений органов опеки усматри-

¹ Генкин А., Кишкин С., Роднянский А. Кодекс законов о браке, семье и опеке с постатейно систематизированными материалами. - М., 1929. С. 118.

вали нарушение закона, они должны были приостановить регистрацию акта усыновления и сообщить вышестоящему органу опеки о нарушении. Это положение советского законодательства об усыновлении разительно отличается от положений Устава гражданского судопроизводства, в соответствии с которым усыновление считалось состоявшимся со дня вступления определения суда об усыновлении в законную силу.

Усыновление могло быть отменено. Вопрос об отмене усыновления имело право возбудить в суде любое лицо или учреждение, если усыновление противоречило интересам ребенка. Предполагалось, что таким образом будет мобилизовано внимание общественного мнения, и это послужит действенной мерой против эксплуатации несовершеннолетних усыновителями.

Существовали два порядка отмены усыновления: административный и судебный. В судебном порядке отмена усыновления производилась по мотиву несоответствия состоявшегося усыновления интересам ребенка. В случаях, когда иск предъявлялся не органом опеки, а другим лицом, орган опеки привлекался для участия в деле в качестве третьего лица. Ответчиком по иску об отмене усыновления выступал усыновитель. В случае отмены усыновления суд мог присудить ребенку содержание с усыновителя.

Важным событием на пути развития законодательства об усыновлении стала Великая Отечественная война. Практика военного времени столкнулась с вопросом о порядке оформления усыновления в тех случаях, когда погиб или пропал без вести на фронте усыновленный или усыновитель, а усыновление своевременно в установленном законом порядке оформлено не было. В связи с этим Пленум Верховного суда СССР принял специальное постановление № 9/7/у от 29 июня 1945 года, дававшее судам указание о том, что вопрос об установлении факта усыновления после смерти или пропажи без вести на фронте усыновителя-военнослужащего или усыновленного военнослужащего, если усыновление при их жизни не было надлежащим образом оформлено, разрешается судом в порядке особого производства (ст.ст. 191-193 ГПК РСФСР и соответствующие ГПК других союзных республик). В качестве заинтересованных лиц по таким делам должны были вызываться в судебное заседание представители соответствующих ведомств (военного, финансового и пр.), а в надлежащих случаях - лица, заинтересованные в исходе дела (например, наследники умершего и т.п.).

Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 сентября 1943 г. «Об усыновлении»¹ внес существенные изменения в правовое регулирование усыновления. Этот указ, предоставив право записывать усыновителей в качестве родителей усыновленного ребенка, по существу создал качественно новый вид усыновления. Указание усыновителей в качестве родителей ребенка в актовой записи и выдача нового свидетельства о рождении, в котором усыновители также считались родителями, расценивались только как внешнее оформление усыновления. В этом случае полностью возникали все семейные, гражданские и другие права и обязанности, предусмотренные для родственников по происхождению.

Следующим законодательным шагом правовой регламентации процедуры усыновления в России явился КоБС РСФСР 1969 г., который все также предусматривал административный порядок усыновления (ст. 98). Территориальный орган опеки и попечительства рассматривал заявление об усыновлении и принимал по нему решение. Таким органом по выбору усыновителя мог быть либо орган опеки и попечительства по его месту жительства, либо соответствующий орган по месту жительства усыновляемого ребенка. Практически целесообразнее было производить усыновление по месту жительства ребенка, так как легче собрать документы, выявить согласие родителей или других лиц, чье согласие требовалось по закону. Однако если усыновитель по каким-либо причинам желал, чтобы усыновление было произведено по его месту жительства, органы опеки и попечительства не вправе были ему в этом отказать².

Главным нововведением кодифицированного нормативного правового акта уже современного этапа развития правовой действительности России - Семейного кодекса Российской Федерации 1995 г.³, явились нормы о судебном порядке усыновления (ст. 125). Причины перехода от административного порядка усыновления к судебному были обусловлены, по мнению ряда авторов, «с одной стороны, отсутствием профессионализма у работников администраций городов, районов, а с другой - их халатным отношением к своим обя-

¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1943. №34.

² Комментарий к Кодексу о браке и семье РСФСР. / Под ред. Н.А. Осетрова. - М., 1982. С. 165.

³ Далее по тексту - СК РФ.

занностям»¹, а также несомненными преимуществами судебного порядка усыновления, который «не только был призван обеспечить защиту прав и интересов детей, но и должен был являться правовым фактором, препятствующим их незаконному усыновлению»². После этого Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1964 г. был дополнен главой 29 «Установление усыновления (удочерения) ребенка», и процессуальный порядок усыновления детей введен в действие с 27 сентября 1996 г. В ГПК РФ 2002 г. закреплено правило о рассмотрении дел об усыновлении в порядке особого производства (глава 29).

Анализ разнообразных процедур усыновления свидетельствует о том, что неоднократное изменение подхода со стороны государства и общества к решению вопросов правового регулирования процедуры усыновления, далеко не всегда было направлено на охрану интересов ребенка. Позитивным моментом является то, что на сегодняшний день законодатель, закрепив судебный порядок усыновления, во главу угла поставил интересы усыновляемого ребенка. Следовательно, теперь институт усыновления в полной мере соответствует своему социальному назначению, выражающемуся в обеспечении интересов детей, оставшихся без попечения родителей, с одной стороны, и интересов взрослых людей, лишенных, в большинстве случаев, по не зависящим от них причинам возможности иметь своих детей, с другой³. Немаловажным является и то, что закрепление судебной процедуры усыновления выражает политику государства, которая направлена, в первую очередь, на всемерную охрану священного института семьи, нормальное функционирование которого способствует дальнейшему развитию и процветанию социального и правового российского государства.

¹ Летова Н.В. «Усыновление как приоритетная форма устройства и воспитания детей, оставшихся без попечения родителей»: Дисс. канд. юрид. наук. - Томск, 2003. С. 92.

² Там же. С. 92.

³ Летова Н.В. Указ. соч. Предисловие. С. V.

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ЖИЛИЩНОГО ПРАВА

Габитдинов Р.Ф. -

старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса

1. Понятие жилищного права

Как известно, каждая отрасль права регулирует определенные свойственные только ей общественные отношения. Выделение тех или иных правоотношений в самостоятельную отрасль происходит на основании определения предмета и метода регулирования.

Определение понятия предмета и метода есть главные квалифицирующие признаки для выделения жилищного права в самостоятельную отрасль или подотрасль. Вопрос о выделении жилищного права в самостоятельную отрасль долгое время оставался дискуссионным, потому что жилищные правоотношения во многом носят собирательный характер.

Следует справедливо заметить, что данная систематизация норм в самостоятельную отрасль жилищного права позволяет облегчить поиск и применение жилищного законодательства, что в свою очередь способствует быстрому и эффективному разрешению жилищных споров.

П.В. Крашенинников и П.И. Седугин дают следующее определение понятия жилищного права: «Жилищное право» - это совокупность норм права, регулирующих жилищные отношения»¹.

На наш взгляд, жилищное право - совокупность правовых норм, регулирующих отношения по использованию жилищного фонда, а также тесно связанные с ними отношения по содержанию домовой инфраструктуры и некоторые другие имущественные отношения, тесно связанные с жилищем. По мнению многих авторов, жилищное право не является самостоятельной отраслью права, а относится к комплексным правовым образованиям, то есть объединяет правовые нормы различных отраслей права: конституционного, гражданского, административного, земельного, налогового и др.².

¹ Крашенинников П.В. Жилищное право. - М., 2000. С. 10; Седугин П.И. Жилищное право: Учебник. 2-е изд. - М., 2000. С. 13.

² Сергеев П.А., Толстой Ю.К. Гражданское право. Т. 2. Гл. 35. - М., 2003. С. 23.

Основу жилищного права составляют нормы гражданского права, в частности, имущественно-стоимостные отношения, а именно отношения по найму аренды жилых помещений. Жилищные правоотношения регулируются законодательными актами Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, актами органов местного самоуправления. Жилищное законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ¹.

С принятием Конституции РФ было провозглашено в числе основных прав и свобод человека и гражданина право на жилище. Право на жилище - одно из важнейших социально-экономических прав граждан, поскольку оно затрагивает основы жизни человека.

Право на жилище обусловило выделение отношений по поводу владения жилым помещением, его пользования и распоряжения в самостоятельную группу, а комплекс правовых актов, регулирующих данные отношения, - в самостоятельную комплексную отрасль права - жилищное право. Выделение жилищного права во многом способствовало принятию Государственной Думой нового Жилищного кодекса 2004 года.

Понятия «право на жилище» и «жилищное право» не равнозначны. Право на жилище - это субъективное право гражданина на приобретение и пользование жилым помещением, а жилищное право - это объективное право, то есть совокупность правовых норм, регламентирующих жилищные отношения.

2. Предмет жилищного права

Прежде чем приступить к рассмотрению понятия предмета жилищного права, необходимо познакомиться с историей данного вопроса. В цивилистике существует множество точек зрения относительно того, является жилищное право самостоятельной отраслью права или это один из институтов гражданского права. «В этом вопросе важное теоретическое и практическое значение, - отмечает П.И. Седугин, - имеет, прежде всего, выяснение вопроса: что такое «жилищные отношения» и что такое предмет регулирования жилищного законодательства». До принятия Государственной Думой Жилищного кодекса под жилищными правоотношениями обычно

¹ Конституция РФ, статьи 71-76.

понимались только гражданско-правовые отношения по пользованию гражданами жилыми помещениями, эти отношения регулировались гражданским законодательством.

Предметом жилищного права является определенная совокупность общественных отношений, которые получили название «жилищных отношений»¹.

Российское гражданское законодательство конца XIX - начала XX веков, в том числе советское гражданское законодательство не выделяло жилищные отношения из гражданских. Так, Г.Ф. Шершеневич упоминал только об имущественном найме. Как об особой форме имущественного найма говорил о «найме из выстройки», суть которого в том, что наниматель, за пользование в течение известного числа лет отданную ему в наем землю, обязывается по окончании срока найма оставить все возведенные им постройки, дачи, мельницу, ригу в пользу собственника»². Данный вид найма назывался также арендой. Срок аренды недвижимости, как правило, равнялся 30 годам.

Основным объектом аренды в России являлась земля, срок аренды которой устанавливался законодателем до 90 лет.

В Древнем Риме одним из трех видов найма (*locatio conductio*) был найм вещи (*locatio conductio rei*). И если вначале в римском праве речь шла только о найме движимой вещи, то со временем был признан возможным и найм недвижимого имущества. Так, в книге седьмой Дигест титул VIII «О пользовании и проживании» содержался ряд специальных положений, относящихся к передаче в наем именно жилого помещения³. Разумеется, появление договоров аренды недвижимости и найма жилых помещений привели к возникновению жилищных отношений.

Жилищные отношения - общеродовое понятие, которым охватываются различные виды отношений, возникающих по поводу жилища: по пользованию жилыми помещениями, по предоставлению жилых помещений лицам, нуждающимся в них, по управлению и эксплуатации жилищного фонда и др.

Жилищные отношения как общественные отношения подвержены законодательному урегулированию. Жилищное законодательство регулирует, с одной стороны, организа-

¹ Жилищное право. / Под ред. П.И. Седугина. - М., 2000.

² Шершеневич Г.Ф. Русское гражданское право: учебник. - М., 1907. С. 356.

³ Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. - М., 1984. С. 55.

ционные отношения, которые складываются на началах власти и подчинения, например, по управлению жилищным фондом, по учету нуждающихся в жилье граждан и распределению жилых помещений, а с другой - отношения, складывающиеся на началах равенства их участников, например, отношения, вытекающие из договора найма жилых помещений¹.

Особенности жилищных правоотношений заключаются в следующем:

Во-первых, они возникают по поводу особого объекта - недвижимости, а именно такой разновидности недвижимости, как жилое помещение. Под жилым помещением понимается объект недвижимости, пригодный для постоянного проживания в нем. Поэтому особое внимание следует обратить на то, какие требования законодатель предъявляет к данному объекту. Эти требования закреплены в Градостроительном кодексе РФ, Временной методике оценки жилых помещений, в Правилах пользования жилыми помещениями и Положении по оценке непригодности жилых помещений для постоянного проживания.

Во-вторых, они носят комплексный характер, то есть регулируются различными отраслями права: гражданским, административным; налоговым; финансовым; конституционным; земельным и др.

В-третьих, регулирование жилищных правоотношений носит многоуровневый характер. Согласно ст. 71 и 76 Конституции РФ жилищное законодательство отнесено к ведению Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Поэтому очень важно правильно ориентироваться в этом океане многослойного законодательства.

В-четвертых, все жилищные отношения носят длящийся характер, что корреспондирует стабильность жилищных правоотношений и, как следствие, жилищных прав и обязанностей.

В-пятых, жилищные отношения носят имущественно-стоимостный оценочный характер, так как любой объект недвижимости, составляющий жилые помещения, имеет рыночную стоимость и может быть выражен в денежном эквиваленте.

В-шестых, отношения по пользованию жилыми помещениями, а именно они являются сердцевиной жилищных

¹ Толстой Ю.К. Жилищное право: Учебное пособие. - М., 1996. С. 71.

правоотношений, связаны с отношениями по содержанию жилища, то есть жилищно-коммунальными отношениями: отношениями по содержанию и обслуживанию инженерной инфраструктуры.

Жилищный кодекс 2004 года, впервые за многолетнюю практику, законодательно закрепил в статье четвертой отношения, которые составляют предмет жилищного права. Данный шаг является шагом вперед в практике законодательного регулирования, так как в этой статье законодатель не просто перечисляет жилищные отношения, подверженные регулированию нормами жилищного законодательства, он также называет участников жилищных отношений. «Жилищное законодательство регулирует отношения по поводу возникновения, осуществления, изменения и прекращения права владения, пользования и распоряжения жилыми помещениями государственного и муниципального жилищных фондов; отношения по пользованию жилыми помещениями частного жилищного фонда; отношения по пользованию общим имуществом собственников помещений; отношения по отнесению помещений к числу жилых и исключения их из жилищного фонда». Подвержены правовому регулированию также отношения, тесно связанные с жилищными отношениями: отношения по учету жилищного фонда; отношения складывающиеся по содержанию и ремонту жилых помещений; отношения регулирующие порядок перепланировки жилых помещений; отношения по управлению многоквартирными жилыми домами; отношения, складывающиеся в процессе создания и деятельности жилищных и жилищно-строительных кооперативов; товариществ собственников жилья, прав и обязанностей их членов.

Предмет жилищного права составляют также отношения по предоставлению коммунальных услуг, отношения, складывающиеся в процессе внесения платы за жилые помещения и оказываемые коммунальные услуги, сюда же входят отношения по контролю за использованием и сохранностью жилищного фонда. В предмет жилищного права вошли санитарно-технические, противопожарные, градостроительные и иные нормы, которые устанавливают обязательные требования к жилым помещениям.

Таким образом, законодатель, в отличие от гражданского права, перечислил конкретные общественные отношения, составляющие предмет жилищного права. На наш взгляд, этот перечень отношений, перечисленный в статье четвертой Жи-

жилищного кодекса, не может быть исчерпывающим, так как жилищное законодательство по своей сути является многоотраслевым или межотраслевым комплексным образованием, состоящим из множества законодательных актов, содержащих нормы жилищного права, и их простое перечисление невозможно. Очевидно, что примерное перечисление жилищных отношений способствует формированию жилищного права в отдельную самостоятельную отрасль, доказывая жизнеспособность жилищного права как самостоятельной отрасли.

В статье 4 Жилищного кодекса перечислены двенадцать видов жилищных отношений, которые нами приведены выше. Однако следует отметить, что каждый из видов перечисленных отношений вбирает в себя множество подвидов. Например, отношения по возникновению, осуществлению, изменению и прекращению права владения, пользования и распоряжения жилыми помещениями могут содержать отношения по инвестированию, и строительству жилого помещения, которые затем повлекут возникновение права пользования. На наш взгляд, Жилищный кодекс, который придет на смену действующему, будет содержать и общую, и особенную части, как и другие отрасли права, такие как гражданское, уголовное, административное.

Всем перечисленным жилищным отношениям, составляющим предмет жилищного права или, во всяком случае, подавляющему большинству из них, как было отмечено ранее, свойственен имущественно-стоимостной характер, наличие такого особенного объекта, как жилое помещение, имеющее сложную инфраструктуру.

Как и в гражданском праве, имущественно-стоимостные отношения подразделяются на абсолютные и относительные со всеми свойственными им признаками.

Разумеется, наличие предмета неизбежно порождает присутствие метода правового регулирования. Методу регулирования жилищного права, так же, как и предмету, присущ ряд особенностей, и главная из них - его собирательный характер. Данный метод формируется из различных способов воздействия на жилищные отношения.

В жилищном праве используются методы административно-правового и гражданско-правового регулирования. Применение того или иного метода к регулированию отношений зависит от того, какой характер носят возникшие между субъектами отношения и от того, кто в этих отношениях уча-

ствуется. Например, при предоставлении жилья для граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий, при постановке на очередь в порядке нуждаемости возникают отношения власти и подчинения, основанные на административном методе регулирования. Для регулирования правоотношений по владению, пользованию и распоряжению жильем применяется гражданско-правовой метод, основанный на равенстве сторон, имущественной самостоятельности и автономии воли участников данного правоотношения и их имущественной ответственности.

Метод жилищного права неразрывно связан с принципами жилищного права, которые нашли отражение в статье первой нового Жилищного кодекса. Эти принципы раскрывают сущность правового воздействия на жилищные отношения. Следует заметить, что они во многом заимствованы из гражданского права.

3. Принципы жилищного законодательства (права)

Под принципами понимаются руководящие начала, которые пронизывают все правовые нормы, регулирующие данные отношения, и являются базовой основой при применении законодательства. Относительно того, на каких принципах базируется жилищное право, среди цивилистов до принятия нового Жилищного кодекса не существовало единого мнения. Учитывая, что жилищное право регулируется, как было указано ранее, различными отраслями права и представляет собой комплексное образование, можно согласиться с мнением П.И. Седугина о том, что «в жилищном праве наблюдается проявление действия принципов нескольких отраслей прав»¹.

Например, И.Б. Марткович к числу принципов жилищного права относил следующие: сочетание личных интересов с общественными; императивность предписаний жилищных законов; равноправие граждан; нормирование распределения квартир и контроль за их использованием; стабильность и всемерная защита жилищных прав граждан; неразрывная связь жилищных прав и обязанностей². По мнению других авторов, в своей основе жилищному праву присущи принципы гражданского права с проявлением некоторых особенностей и с

¹ Жилищное право. / Под ред. П.И. Седугина. С. 36.

² Марткович И.Б. Право на жилище и его обеспечение: Учебное пособие. - М., 1983. С. 29-30.

учетом специфики предмета жилищного права. При этом называются такие принципы жилищного права, как законность, стабильность жилищных прав; принцип потребительского характера жилищных правомочий граждан; принцип непередаваемости жилищных прав в государственных и ведомственных домах; принцип сочетания прав и обязанностей, включающий равенство не только прав, но и обязанностей, вытекающих из договора¹.

В Жилищном кодексе нашли законодательное закрепление следующие основные принципы. Законодательное урегулирование привело к систематизации этих принципов. Согласно п. 1 ст. 1 Жилищного кодекса РФ, «жилищное законодательство основывается на необходимости обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления условий для осуществления права гражданами на жилище, его безопасности, на неприкосновенности и недопустимости произвольного лишения жилища, на необходимости беспрепятственного осуществления вытекающих из отношений, регулируемых жилищным законодательством, прав, а также на признании равенства участников регулируемых жилищным законодательством отношений по владению, пользованию и распоряжению жилыми помещениями, если иное не вытекает из настоящего Кодекса, другого федерального закона или существа соответствующих отношений, на необходимости обеспечения восстановления нарушенных жилищных прав, их судебной защиты, обеспечения сохранности жилищного фонда и использования жилых помещений по назначению».

Детальное рассмотрение системы принципов жилищного права позволяет сделать вывод о том, что эти принципы, собранные воедино, взяты из гражданского и жилищного права. В указанной нами ст. 1 Жилищного кодекса РФ переплетены цели и задачи жилищного законодательства с его принципами. Очевидно, целью жилищного законодательства выступает необходимость обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления условий для осуществления гражданами права на жилище. Эти цели определены в Конституции РФ и являются развитием положений статьи 40. Данная норма знаменует переход всей правовой системы жилищного законодательства от бесплатного нормированного распределения жилья государством своим гражда-

¹ Комаров В.Д. Жилищное право. - М., 1980. С. 6-8.

нам к созданию условий для осуществления гражданами права на жилище.

Таким образом, система государственных органов и органов местного самоуправления оставляет за собой функцию создания таких условий, а как исключение из общего правила, согласно п. 3 ст. 40 Конституции РФ, оно обеспечивает бесплатным жильем малоимущих и иных указанных в законе граждан. Эти положения конституционной нормы и определяют цели и задачи жилищного законодательства. Поставленные задачи и цели обуславливают строение принципов, а именно: основополагающим принципом жилищного права и жилищного законодательства является право на жилище п. 1 ст. 1 ЖК РФ и п. 1 ст. 40 Конституции РФ. Перечисленные нами цели и задачи выступают механизмом реализации этого права, который и получил законодательное закрепление в анализируемой нами норме права.

Закрепление принципа создания условий для осуществления гражданами права на жилище является шагом вперед в становлении системы принципов по сравнению с ранее действовавшим жилищным законодательством. Если бы законодатель не сделал этот шаг вперед, то провозглашение принципа необходимости обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления по созданию условий для осуществления права гражданами на жилище оставалось бы во многом декларативным.

Таким образом, первое место в системе принципов жилищного права принадлежит **праву граждан на жилище**, которое реализуется с помощью принципа, закрепленного в статье 2 ЖК РФ: принцип обеспечения условий для осуществления права на жилище. Это новелла Жилищного кодекса, да и всего жилищного законодательства. Как любое новое явление, эта дефиниция требует всестороннего анализа. В статье 2 ЖК РФ законодателем возлагается обязанность на органы государственной власти и органы местного самоуправления по обеспечению условий для осуществления гражданами права на жилище.

На первом месте в предусмотренном механизме выступает обязанность по содействию и развитию рынка недвижимости в жилищной сфере. Все это содействие осуществляется с целью удовлетворения потребности в жилище.

На втором месте в механизме реализации этого принципа стоит обязанность по использованию бюджетных средств и иных

источников денежных средств, направляемых органами государственной власти и органами местного самоуправления для улучшения жилищных условий граждан¹. Законодатель особо выделяет такую форму источника как субсидии для приобретения и строительства жилых помещений.

На третьем месте в системе принципов законодатель установил принцип обязывания органов государственной власти и органов местного самоуправления, по предоставлению гражданам жилых помещений по договорам социального найма или договором найма жилых помещений государственного или муниципального жилищного фонда. Речь в данном случае идет о предоставлении социального жилья для малоимущих и социально необеспеченных граждан, то есть по существу - о законодательном закреплении механизма для реализации конституционного принципа, предусмотренного в п. 3 ст. 40 Конституции РФ.

Таким образом, реализация принципа обеспеченности граждан жилищем делится на две составные части: создание условий со стороны государства в реализации права на жилище - для основной массы граждан и бесплатного распределительного предоставления жилья для малообеспеченных и социально незащищенных граждан.

Четвертым элементом в механизме реализации принципа права гражданина на жилище выступает обязанность органов государственной власти и органов местного самоуправления стимулировать жилищное строительство объектов. К сожалению, эта обязанность законодателем не раскрывается. Например, не определено, что означает стимулирование жилищного строительства, какие формы и способы стимулирования следует применять.

На наш взгляд, стимулировать жилищное строительство возможно с помощью инвестирования в жилищную сферу. В этом вопросе, видимо, важную роль сыграют федеральные законы «О жилищных строительных кооперативах»², «О жилищных накопительных кооперативах»³, «О накопительно-ипотечной системе жилищного обеспечения военнослужащих»⁴, «Об участии в долевом строительстве многоквартир-

¹ Следует понимать бюджеты различных уровней и внебюджетные фонды, и иные финансовые источники (авт.).

² Федеральный закон «О жилищных строительных кооперативах» от 22.12.2004 г.

³ Федеральный закон «О жилищных накопительных кооперативах» от 22.12.2004 г.

⁴ Федеральный закон «О накопительно-ипотечной системе» от 05.08.2004 г.

ных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»¹.

Пятым элементом в механизме реализации права граждан на жилище выступает обязывание, возложенное законодателем на органы государственной власти и местного самоуправления обеспечить защиту прав и законных интересов граждан, приобретающих жилые помещения и пользующихся ими на законных основаниях, а также обязанность защиты потребителей коммунальных услуг, связанных с обслуживанием жилищного фонда. Возлагаемая законодателем обязанность является наиболее актуальной для всех без исключения участников жилищных отношений. Анализ этой обязанности посвящена специальная глава данного издания.

Шестым элементом в механизме, раскрывающим принцип обеспечения условий для осуществления права на жилище, является обязанность органов государственной власти и местного самоуправления по обеспечению контроля за исполнением жилищного законодательства. При этом законодатель различает контроль за использованием и сохранностью жилищного фонда и контроль за соблюдением санитарных и технических правил и норм, которым должно соответствовать жилое помещение.

Заключительной, седьмой составляющей частью в механизме реализации права граждан на жилище является обязанность по обеспечению контроля за соблюдением установленных законодательством требований при осуществлении жилищного строительства. Этот контроль осуществляет специализированные органы государственной власти и местного самоуправления, в частности, органы, осуществляющие контроль за строительством жилых домов, органы архитектуры, пожарного надзора, службы защиты прав потребителей и т.д.

Таким образом, две последние названные нами функции, которые возложены как обязанности на органы государства и муниципальные органы, - это функции контроля. В связи с этим следует заметить, что законодательство и иная нормативно-правовая база в области строительства, санитарного и технического контроля является настолько широкой, что, по видимому, это повлечет создание специальных органов в

¹ Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты РФ от 22.12.2004 г.

системе органов государственной власти и местного самоуправления.

По нашему мнению, воплощение принципа права граждан на жилище пройдет испытание в рыночной экономике и покажет свою жизнеспособность. Механизм реализации права на жилище невозможен без механизма ответственности за неисполнение возложенных обязанностей. Но, к сожалению, в Жилищном кодексе законодатель такой ответственности не предусмотрел.

Следующим принципом жилищного права называется принцип **безопасности жилища**. Реализация этого принципа достигается путем соблюдения градостроительных, санитарно-эпидемиологических, противопожарных и иных норм, создающих условия безопасного проживания в жилых помещениях.

В Жилищном кодексе нашел отражение принцип **неприкосновенности жилища и недопустимости произвольного лишения жилища**. Под неприкосновенностью жилища понимается недопустимость без разрешения собственника, нанимателя или арендатора проникать в жилище¹. Этот принцип предопределяет гарантии охраны жилищных прав граждан, его действие направлено на обеспечение стабильности жилищных отношений. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц, иначе как в случаях, указанных федеральным законом или на основании судебного решения. Незаконное проникновение вопреки воли проживающих в жилом помещении граждан образует состав преступления, предусмотренного ст. 137 УК².

Одним из основополагающих принципов жилищного права является принцип **недопустимости произвольного лишения жилища**. Этот конституционный принцип имеет важное значение для реализации стабильного, устойчивого права на пользование жилищем. Он получил законодательное развитие в новом Жилищном кодексе в статье третьей, где раскрывается его сущность. Пункт 1 ст. 3 ЖК гласит «жилище неприкосновенно». Согласно п. 2 ст. 3 ЖК, «никто не вправе проникать в жилище без согласия проживающих в нем на законных основаниях граждан иначе как в предусмотренных настоящим Кодексом случаях и в предусмотренных другими федеральными законами случаях и на основании судебного решения».

¹ Статья 25 Конституции РФ.

² Неприкосновенность жилища: диссертация кандидата юридических наук Гильмутинова Р.Р. - Оренбург, 2007. С. 58.

Таким образом, Жилищный кодекс объединил два близких конституционных принципа в одной норме. Неприкосновенность жилища означает невмешательство в права лиц, проживающих в жилом помещении граждан, поэтому никто не вправе проникать в жилище без согласия проживающих. Законодатель подчеркивает, что проживание должно основываться на законе, то есть факт нахождения граждан в жилом помещении, их проживание должны опираться на правовое основание.

Исключительные случаи, когда проникновение в жилище без согласия проживающих в нем граждан возможно, определяются федеральным законодательством или на основании судебного решения.

Нами ставился вопрос о принятии на федеральном уровне законодательного акта, который бы предусмотрел случаи, когда возможно проникновение в жилище без согласия собственника. В новом Жилищном кодексе РФ этот пробел частично устранен. Проникновение в жилище без согласия проживающих в нем на законных основаниях граждан допускается только в целях спасения граждан, их имущества, обеспечения личной или общественной безопасности граждан, а также в случаях возникновения аварийных ситуаций, бедствий, катастроф, массовых беспорядков либо иных обстоятельствах чрезвычайного характера. Проникнуть в жилище без согласия проживающих граждан по закону возможно для задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления, пресечения совершаемых преступлений или установления обстоятельств совершенного преступления либо произошедшего несчастного случая.

Этот перечень случаев и оснований проникновения в жилище без согласия проживающих в нем на законных основаниях граждан является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. Однако следует иметь в виду, что федеральным законом могут быть предусмотрены цели, случаи и основания проникновения в жилище выше указанных граждан без их согласия. Но следует отметить: такие случаи должны быть в обязательном порядке закреплены в законе, принятом на федеральном уровне.

В комментарии к Жилищному кодексу под редакцией Ю.М. Тихомирова указывается, что положения, закрепленные в ст. 3 ЖК РФ взяты из Международного Пакта о гражданских и политических правах, которые одобрены Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 г. (ст. 17). Эти же

положения были закреплены в ст. 25 Конституции РФ и, наконец, они нашли отражение в статье третьей нового Жилищного кодекса РФ.

В п. 4 ст. 3 ЖК РФ законодатель закрепил **принцип недопустимости произвольного лишения жилища**. Суть его раскрывается в том, что «никто не может быть выселен из жилища или ограничен в праве пользования жилищем, в том числе и в праве получения коммунальных услуг, иначе как по основаниям и в порядке, которые предусмотрены Настоящим Кодексом и другими федеральными законами».

Принцип недопустимости произвольного лишения жилища можно рассматривать как одно из важных проявлений *общего принципа недопустимости произвольного вмешательства в частные дела*.

Проявление этого принципа мы находим в ст.ст. 22, 30, 64, 83, 84, 85, 87, 89, 90 Жилищного кодекса¹.

Следующим принципом, законодательно урегулированным в новом Жилищном кодексе РФ, является **принцип беспрепятственного осуществления жилищных прав**, предусмотренных жилищным законодательством. Следует отметить, что он целиком и полностью заимствован из гражданского права. Однако его содержание и применение целиком и полностью направлено на защиту прав участников жилищного правоотношения. Напомним, что основные права и обязанности участников жилищных правоотношений обусловлены тем, какое правовое положение (правовой статус) они занимают. Естественно, государственные органы и органы местного самоуправления в соответствии со своим правовым статусом наделены правами и обязанностями, отличными от прав и обязанностей других участников жилищных правоотношений, таких как наниматели, арендаторы или собственники жилых помещений. Невозможно перечислить полный перечень прав и обязанностей указанных субъектов. Применение названного принципа ввиду этого обстоятельства имеет всеобъемлющий характер, так как распространяет свое действие на всех участников жилищных правоотношений и на все правоотношения, регулируемые жилищным законодательством. Этот принцип стоит на страже их прав и законных интересов.

Следующий принцип, получивший законодательное закрепление в ст. 1 ЖК РФ, - это **принцип равенства участников**

¹ Тихомиров Ю.М. Комментарий к Жилищному кодексу РФ. - М., 2005. С. 15.

регулируемых жилищным законодательством отношений, он также заимствован, как и предыдущий, из гражданского права. Проявление этого принципа можно встретить в нормах Жилищного кодекса, которые регулируют право собственности на жилые помещения и другие вещные права на жилье. Напомним, что равенство участников жилищных правоотношений предполагается как по вертикали, так и по горизонтали, то есть субъекты жилищного правоотношения равны перед законом. А также они равны между собой при вступлении, участии и прекращении жилищных правоотношений.

Далее остановимся на тех принципах, которые присутствуют в жилищных отношениях, но не нашли законодательного закрепления в Жилищном кодексе, тем не менее, они не перестали быть принципами и их рассмотрение также актуально.

Принцип доступности для граждан условий найма жилых помещений выражается в том, что гражданин может реализовать свое право на жилище различными способами: на основе договора социального найма, путем вступления в члены жилищного или жилищно-строительного кооператива, а также путем заключения различных гражданско-правовых договоров по приобретению, обмену жилья, а также путем наследования некоторыми другими способами.

В последнее время этот принцип воплощается в жизнь в результате расширения жилищного строительства, позволяющего большую часть новых жилых помещений предоставлять в наем либо по другим основаниям бесплатно или за доступную плату малоимущим гражданам, военнослужащим, работникам бюджетной сферы и другим указанным в законе категориям граждан, нуждающихся в жилище. Часть нового жилья строится или приобретается гражданами за счет своих собственных средств при кредитной и иной денежной поддержке государства, а также за счет получения налоговых льгот. Лишь около 1/3 жилых помещений, наиболее дорогое и престижное жилье, продается с аукциона по коммерческим ценам¹. Реализация принципа доступности жилища нашла воплощение в статье второй нового Жилищного кодекса. Эта норма устанавливает: «Органы государственной власти и органы местного самоуправления в пределах своей компетенции обеспечивают условия для осуществления гражданами права на жилище».

¹ Свой дом, своя квартира. Федеральные законы, нормативные документы, комментарии. Библиотечка "Российской газеты". Выпуск 12. - М., 1996. С. 10-11.

Диспозиция этой нормы перечисляет семь обязанностей, которые возложены на перечисленные выше органы: это и содействие развитию рынка жилья недвижимости, это и направление бюджетных средств и иных источников для улучшения жилищных условий граждан. Особое место здесь отводится субсидиям выдаваемым гражданам для приобретения и строительства жилых помещений. Данная норма называет и такую обязанность, как предоставление гражданам жилых помещений по договорам социального найма или договорам найма жилых помещений государственного, муниципального жилищного фонда. Среди способов обеспечения доступности жилья важное место занимает обязанность органов государственной власти и местного самоуправления в стимулировании жилищного строительства и обеспечения защиты прав и законных интересов граждан, приобретающих жилые помещения и пользующихся ими на законных основаниях.

Отдельно в указанной статье выделены обязанности по обеспечению контроля за исполнением жилищного законодательства, контроля за использованием и сохранностью жилищного фонда, за соблюдением соответствия жилых помещений установленным санитарным и техническим правилам и нормам и иным требованиям законодательства. Законодатель возлагает на органы законодательной власти и местного самоуправления функцию обеспечения контроля за соблюдением установленных законодательством требований при осуществлении жилищного строительства. Этот принцип направлен на реализацию другого важнейшего принципа жилищного законодательства - права граждан на жилище. Следует, однако, обратить внимание, что ни одна из обязанностей, перечисленных в статье, не подкреплена механизмом ее реализации. В немалой степени декларативности названных положений сопутствует неопределенность самих выражений, содержащихся в статье второй Жилищного кодекса. Например, какими способами органы государственной власти и органы местного самоуправления будут содействовать созданию рынка жилья, какая наступит ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение этой обязанности? Или, например, в чем заключается суть стимулирования жилищного строительства? Какие способы и формы стимулирования предусмотрены? Конечно, следует отметить, что названные положения как принципы направлены на обеспечение основного доминирующего принципа принципа доступности жилья.

Очевидно, законодателю потребуется издание специальных законодательных нормативно-правовых актов для реализации названных обязанностей органов государственной власти и органов местного самоуправления, и только в этом случае, возможно, заработает принцип доступности жилья.

Кроме принципов, непосредственно закрепленных в новом Жилищном кодексе жилищная, судебная практика применения законодательства успешно использует и некоторые другие принципы, которые находят косвенное отражение в системе жилищного законодательства. Так, например, *принцип общедемократического, гуманистического отношения к гражданам* нанимателями жилых помещений, а также *принцип цивилизованного использования жилых помещений*. В частности, на законодательном уровне закреплено положение о предоставлении гражданам, нуждающимся в улучшении жилищных условий, как правило, отдельной квартиры на семью. Вместо ранее действовавшего правила о принудительном изъятии у нанимателя излишней жилой площади и передаче ее другому нанимателю, установлено новое правило, согласно которому наниматель сам может ставить вопрос о замене занимаемого им жилого помещения на жилое помещение меньшего размера. Отменены ранее действовавшие многочисленные ограничения при строительстве и приобретении гражданами в собственность жилых домов. Теперь частная собственность на недвижимость в жилищной сфере, включая жилищный фонд либо его часть, не ограничивается по количеству, размерам и стоимости и обеспечивается правом неприкосновенности.

Осуществление этих принципов можно рассматривать как проявление на практике конституционных прав и свобод человека и гражданина, социальной политики Российского государства, направленной на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

Существенное значение для жилищно-правового регулирования имеет **принцип неприкосновенности собственности**, вытекающий из положения ст. 35 Конституции РФ о том, что «никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения стоимости». В соответствии с этим принципом гражданам-собственникам жилых помещений обеспечивается возможность стабильного осуществления права владения, пользования и

распоряжения принадлежащими им жилыми помещениями в соответствии с их назначением (ст. 288 ГК), а членам семей собственников - возможность пользования этими помещениями на условиях, предусмотренных жилищным законодательством (ст. 292 ГК).

Действие данного принципа в определенной степени влияет и на жилищные отношения по пользованию жилыми помещениями на основании договора социального найма, который носит бессрочный характер и предусматривает возможность пользования жильем не только нанимателями, но и их детьми, внуками и т.д. Право этих пользователей жилыми помещениями по содержанию близко к праву собственности и носит, по существу, характер вещного права¹.

Принцип недопустимости ограничения (или лишения) права пользования жилым помещением за такие действия нанимателя или членов его семьи, которые не сопряжены со злоупотреблением ими своими жилищными правами или с невыполнением возложенных на них жилищных обязанностей и непосредственно при этом не нарушают права и законные интересы других лиц.

Новый Жилищный кодекс довольно строго относится к субъектам жилищных правоотношений, которые злоупотребляют своими правами или не выполняют возложенные на них обязанности и непосредственно нарушают при этом права и законные права и интересы других лиц, такие граждане в виде санкции за совершенное правонарушение могут быть лишены права проживания в жилом помещении.

¹ Гражданское право: в 2 т. Том I: Учебник под ред. Е.А. Суханова. - М., 1993. С. 297; Основы советского жилищного законодательства. Межвузовский сборник научных трудов. - Свердловск, 1981. С. 22.

ЭФФЕКТИВНОСТЬ НЕГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТОРГОВЫХ СДЕЛОК

*Дьяконова А.А. -
преподаватель кафедры конституционного и международного
права*

Тема эффективности негосударственного регулирования международных торговых сделок раскрывается в контексте понимания международных экономических отношений в широком смысле - как трансграничных экономических отношений, включающих, по крайней мере, два самостоятельных уровня: публично-правовой (макроэкономический) и частно-правовой (микроэкономический)¹. И если первый уровень международных экономических отношений (МЭО) носит межгосударственный, межвластный характер, так как возникает между государствами, международными организациями и другими субъектами международного публичного права, нормами которого он и будет регламентирован, то частно-правовой уровень МЭО представляет собой экономические связи хозяйствующих субъектов, физических и юридических лиц различной государственной принадлежности, подпадающие под регулятивное воздействие национального и, в первую очередь, международного частного права. Это «горизонтальные» отношения между равноправными субъектами.

Одним из сегментов международных экономических отношений второго (частного) уровня выступают международные торговые отношения физических и юридических лиц. Рост объемов внешнеторгового оборота в мире, интернационализация на основе международного разделения труда хозяйственной жизни многих государств и, как следствие, углубление и расширение торговых связей между частными «операторами»² и «дестинаторами»³ международных торговых отношений породили необходимость их правового оформления и закрепления в виде международной торговой сделки. В современной литературе по международному частному праву международ-

¹ См.: Шумилов В.М. Международное публичное экономическое право. Учебное пособие. - М., 2001.

² См.: Шумилов В.М. Указ. соч.

³ См.: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс). Учебник. - М.: Волтерс-Клувер, 2004.

ную торговую сделку принято рассматривать в качестве «сделки, опосредующей предпринимательскую деятельность в области международного обмена товарами, работами, услугами, информацией, интеллектуальной собственностью»¹. Из данного определения следует, что международная торговая сделка является разновидностью внешнеэкономической сделки, которая наряду с международной торговлей опосредует и инвестиционное сотрудничество, валютно-финансовые, кредитные операции, производственную кооперацию и другие сферы внешнеэкономической деятельности. По сути своей международная торговая сделка выступает особым видом предпринимательского договора с иностранным элементом, отношения сторон по которому выходят за пределы территории одного государства. Иностранный элемент в рамках такого транснационального предпринимательского договора предполагает, в первую очередь, факт нахождения коммерческих предприятий (или центров деловой активности) сторон на территории двух и более государств. Именно в таком понимании термин «международная торговая сделка» используется в данной статье.

Общепринято считать, что система правового регулирования международных торговых сделок предполагает одновременное, параллельное применение к данному институту норм двух самостоятельных правовых систем - норм национального права и международного права. Выступая государственно-властным велением, получившим логически завершенное, формально определенное закрепление в тексте закона или международного договора, как национальная, так и международно-правовая нормы устанавливаются или санкционируются государством (согласованным волеизъявлением нескольких государств, если речь идет о международной норме) и обеспечиваются мерами государственного воздействия. И в этом смысле они обладают единым, унифицированным механизмом реализации через государство.

Несмотря на тесную связь с государством, национальные и международные нормы, являясь результатом властной правотворческой деятельности, не в состоянии в настоящее время выступать эффективным регулятором международных торговых отношений. Эта, к сожалению, негативная тенденция современного общественного развития обусловлена следую-

¹ Международное частное право: Учебник. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 360.

щими происходящими в мире процессами: торгово-финансовая глобализация, интеграция мировой экономики, появление новых «операторов» (в частности, транснациональных корпораций) внешнеэкономической деятельности, происходящие структурные изменения современного делового оборота и др. «Появляются такие феномены, как «net codex» (для регулирования отношений пользователей Интернетом), «ciber lex», «lex electronica» (в виртуальной сфере)»¹. В результате возникающие отношения остаются за рамками государственного регулирования и не охватываются традиционным правовым порядком, что, в свою очередь, свидетельствует о неадекватности и неприспособленности к современным условиям государственной нормотворческой деятельности.

Наглядным примером, иллюстрирующим во многом пассивную, инертную деятельность государства по регулированию международных торговых отношений и международных торговых сделок в качестве их конкретного проявления, является анализ действующего российского законодательства.

Известно, что правовой фундамент государственной политики в сфере внешней торговли составляют на территории РФ нормы публичных отраслей права и, в первую очередь, нормы конституционного. Применительно к характеристике Конституции РФ 1993 года первостепенное значение в рассматриваемой области международных экономических отношений имеют следующие положения Основного закона: ч. 4 ст. 15, устанавливающая, что международная норма подлежит первоочередному по сравнению с нормой национального права применению к соответствующим отношениям в случае возникновения противоречия между ними; положения статей 71, 72, рассматривающие внешнеэкономические отношения как исключительный предмет ведения РФ и координацию международных и внешнеэкономических связей - в качестве предмета совместного ведения РФ и ее субъектов; положения о поддержке конкуренции и свободе экономической деятельности (ч. 1 ст. 8), о праве на осуществление предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34), об охране законом частной собственности (ст. 35), о защите и покровительстве за границей российских граждан (ст. 61), о правах иностранных граждан (ст. 62) и др. Более глубокий анализ конституционных поло-

¹ Вельяминов Г.М. Указ. соч. С. 290.

жений позволяет, однако, сделать вывод о том, что Конституция РФ затрагивает лишь некоторые аспекты международного частного права в целом как самостоятельной отрасли права, не регулируя при этом непосредственно вопросы, связанные с государственной регламентацией международных торговых сделок. В Конституции РФ отсутствуют также нормы-принципы и нормы-идеи, некие стандарты, позволяющие сформулировать приоритетные направления государственной политики в сфере внешнеэкономической деятельности и определить формы экономического сотрудничества РФ с иностранными государствами.

Подобного рода неосвещенность вопросов конституционного регулирования международных торговых сделок ни в коем случае не умаляет значение Конституции РФ как рамочного общественно-политического и правового документа государства и предопределена во многом теми историческими факторами, в условиях которых она была принята. Распад Советского государства в 1991 году, падение «железного занавеса» ознаменовали собой становление нового уклада политической и общественной жизни российского общества, переход от административно-командных методов государственного управления к демократическим, что и нашло отражение в Конституции РФ 1993 года. Однако это было лишь начало законотворческой деятельности в деле упорядочивания стремительно зарождавшихся, новых общественных, в том числе внешнеэкономических, отношений. В силу чего сама нормотворческая деятельность не могла предусмотреть и охватить правовым регулированием все многообразие этих отношений.

В условиях отстраненности, неразвитости экономического сотрудничества с передовыми европейскими государствами (в особенности с иностранными физическими и юридическими лицами) законодатель объективно не мог предугадать динамики дальнейшего государственного развития, в том числе и в сфере международной торговли. А это, в свою очередь, свидетельствует о статичности государственного регулирования международных торговых сделок, его неприспособленности к современным экономическим условиям, а также выявляет недостатки государственного механизма регламентации трансграничных торговых отношений.

Впоследствии, уже в конце 90-х годов, законодателем предпринимались попытки устранить возникший правовой пробел. Так, был принят ряд законов, закрепивших программ-

ные положения, основы государственной политики в сфере внешнеэкономической деятельности: Федеральный закон от 13 октября 1995 года «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности», утративший силу с момента принятия в 2003 году нового закона «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»; Федеральный закон от 14 апреля 1998 года «О мерах по защите экономических интересов РФ при осуществлении внешней торговли товарами»; Федеральный закон «О военно-техническом сотрудничестве РФ с иностранными государствами» и другие.

Несмотря на конкретизацию и уточнение некоторых положений Конституции РФ, стоит признать, что сфера действия указанных выше нормативных актов ограничивается лишь закреплением полномочий органов государственной власти в области внешнеторговой деятельности РФ в целом как публично-правового образования и субъекта международного публичного права. В то время, как международные торговые отношения второго уровня - отношения между физическими и юридическими лицами различной государственной принадлежности - остаются за рамками национально-правового регулирования.

Подтверждением тому является анализ положений Федерального закона «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» от 8 декабря 2003 года. Данный нормативный акт закрепляет основные принципы государственного регулирования внешнеторговой деятельности в РФ, определяет предметы ведения и полномочия РФ и ее субъектов в данной области, устанавливает способы и методы государственного регулирования, запреты и ограничения в области внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью. При этом, какую бы главу или статью закона мы ни взяли, везде речь идет исключительно о публичных интересах Российского государства в сфере внешней торговли. Даже две единственные главы рассматриваемого нормативного акта, закрепляющие правоспособность российских и иностранных физических и юридических лиц осуществлять внешнеторговую деятельность (при этом, не раскрывая содержания такого осуществления), а также имеющие с определенной долей условности отношение к процедуре заключения международных торговых сделок - главы 3 «Участники внешнеторговой деятельности» и 10 «Государственное регулирование внешнеторговых бартерных сделок» - не являются

поистине универсальным материально-правовым источником регулирования международных торговых сделок. Как следует из названия главы 10 закона, ее положения имеют узкую сферу действия и применяются лишь к внешнеторговым *бартерным* сделкам, предусматривающим обмен товарами, услугами, работами, интеллектуальной собственностью. Соответственно, к другим видам сделок в сфере международной торговли, составляющим большинство в коммерческом обороте, этот закон оказывается неприменим. Более того, несмотря на попытку законодателя регламентировать отношения по внешнеторговым бартерным сделкам путем установления режима контроля над их исполнением со стороны Правительства и Центрального банка РФ, требований, предъявляемых к документам, оформляющим внешнеторговые бартерные сделки, можно с уверенностью констатировать, что рассматриваемый закон имеет своим предметом регулирования только публично-правовые, административные отношения власти-подчинения, возникающие между органами государственной власти, с одной стороны, и субъектами, не входящими в систему государственного управления, с другой. Отношения же, складывающиеся между равноправными субъектами по поводу осуществления ими международной коммерческой деятельности, остаются вне сферы национально-правового воздействия.

В итоге Федеральный закон «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» может быть рассмотрен в качестве программного политико-правового документа, отражающего внешние позиции РФ в торговле с иностранными государствами, но отнюдь не источника, нормы которого направлены на преодоление коллизии как основной задачи международного частного права.

Необходимость государственной регламентации института международных торговых сделок особо остро возникает в случае, когда контрагенты, руководствуясь нормами статьи 1210 Гражданского кодекса РФ, избирают по соглашению между собой в качестве применимого к их правам и обязанностям по сделке российское право или же в случае, когда при отсутствии такого соглашения между сторонами российское право окажется, в соответствии со статьей 1211 Гражданского кодекса РФ, правом, с которым отношения по сделке наиболее тесно связаны. В этих двух случаях стороны международной торговой сделки обязаны применить материальные нормы российского права как права, призванного по существу урегулировать

ровать возникающие между ними отношения. Однако ввиду существующего в законодательстве пробела естественно возникает вопрос: «Каким образом российское право сможет регламентировать вытекающие из международной торговой сделки отношения, если соответствующий материально-правовой акт в данной области отсутствует?». В нашей стране, в отличие, например, от КНР¹, до сих пор не принят универсальный закон, который бы напрямую, без ссылки на другие национальные или международные нормы, детально регламентировал вопросы заключения, исполнения, последствий неисполнения международных торговых сделок, их формы, действительности и недействительности, вопросы договорной правоспособности сторон по сделке и др.

Несомненно, выход из сложившейся затруднительной ситуации может быть найден в результате применения коллизионно-правового способа регулирования, реализуемого в соответствующих положениях коллизионных норм. Однако при применении коллизионного способа регулирования не стоит забывать, что он является отсылочным и непосредственно не регулирует возникающие отношения, устанавливая лишь правило (но не саму норму) выбора компетентного правопорядка.

В рамках российской правовой системы источником коллизионных норм выступает раздел 6 части 3 Гражданского кодекса РФ, который, апеллируя к понятию «внешнеэкономическая сделка» (в п. 3 ст. 163 и п. 2 ст. 1209 ГК РФ применительно к ее форме), не содержит его легального определения и не раскрывает сути данного явления. В результате возникает правовой пробел, когда отношения сторон по международной торговой сделке остаются вне сферы государственной правотворческой деятельности и не могут быть урегулированы ни материальным, ни коллизионным национально-правовым источником.

Понятно, что при объективной неспособности государства учесть все нюансы процедур заключения и исполнения торговых сделок международного характера оно и не в состоянии этого сделать, предоставив самим участникам делового оборота возможность детально регламентировать данные вопросы. Такая возможность реализуется, в частности, через закрепление в нормах гражданского права института свободы

¹ В КНР принят закон «О внешнеэкономическом договоре», действующий в отношении договоров, заключенных между хозяйствующими организациями КНР и иностранными предприятиями.

договора и принципа автономии воли сторон - в рамках международного частного права. Подобного рода диспозитивность в государственном регулировании международных торговых сделок, тем не менее, не предполагает исключение государства как субъекта правотворчества из данной сферы. Государство, наоборот, само должно быть заинтересовано в урегулировании международных частно-правовых экономических, в том числе торговых, отношений, поскольку этот вид отношений возникает между субъектами национального права различных государств и, как следствие, допускает одновременно применение национального права разных стран, затрагивая тем самым их экономические интересы. Несмотря на это, действующее российское законодательство, как было показано ранее, не закрепляет даже основы, принципы государственного регулирования международных торговых отношений второго уровня (между частными лицами), не говоря уже о специфике конкретной разновидности международной торговой сделки. Отсутствие в современном законодательстве РФ норм, которые бы закрепили легальное определение термина «международная коммерческая (торговая) сделка» и четко обозначили круг отношений по данной категории сделок, приводит к тому, что граждане РФ и российские юридические лица, вступая в торговые отношения с иностранными субъектами, вынуждены исходить из теоретического понимания рассматриваемого термина, сформулированного в науке международного частного права. Для науки международного частного права, как известно, характерен плюрализм мнений по вопросу о том, какие признаки позволяют отличить международную торговую сделку от сделки международного характера или гражданско-правовой сделки, что, в свою очередь, затрудняет процесс выработки единой, универсальной материально-правовой нормы и приводит к тому, что ряд сделок, по мнению одних авторов, признается международными торговыми, а по мнению других авторов - нет.

Что касается норм международного публичного права как результата согласованного волеизъявления государств, то они так же, как и нормы публичных отраслей российской правовой системы, непосредственно не затрагивают вопросы регулирования международных торговых сделок. Данная ситуация обусловлена юридической природой основополагающего источника международного публичного права - международного договора, а также кругом субъектов, для которых его нормы

обязательны. Будучи соглашением, заключенным в письменной или иной форме между государствами и (или) другими субъектами международного публичного права, нормы международного договора обязательны к исполнению непосредственно государствами, его заключившими, но отнюдь не частными лицами. Поэтому для того, чтобы нормы международного договора (и публичного права в целом) приобрели способность регулировать опосредованные международными торговыми сделками отношения между российскими и иностранными физическими и юридическими лицами, они должны быть трансформированы в национальную норму, то есть приобрести, иными словами, юридическую силу национального права. Трансформация международно-правовой нормы в национальную объясняется тем, что «национальная правовая система так же суверенна, как и государство, поэтому на территории страны без санкции (в той или иной форме) национальной государственной власти не могут действовать нормы, созданные помимо ее правотворческих органов»¹.

На практике трансформация осуществляется в различных правовых формах путем издания уполномоченными на то органами государственной власти различных внутригосударственных актов. В частности, в Российской Федерации механизм трансформации международных норм в национальные представляет собой в соответствии с нормами Федерального закона «О международных договорах РФ» от 15 июля 1995 года процедуру ратификации соответствующего международного договора. В результате ратификации трансформированная норма международно-правового договора становится нормой национального права и применяется в качестве *lex specialis* по отношению к иным внутригосударственным нормам². На практике, тем не менее, процесс включения международных норм во внутренний правопорядок государства и придания им силы национальной нормы с точки зрения юридико-технического характера отстает по времени от момента начала их действия в рамках международного правового пространства. Это связано с тем, что моменту вступления в силу закона о ратификации международного договора РФ, то есть моменту завершения

¹ Васильев А.М. О системах советского и международного права. // Советское государство и право. 1985. №1. С. 69.

² Толочко О.Н. Введение в теорию правового регулирования внешнеэкономических отношений. Монография. / О.Н. Толочко. - Гродно: ГрГУ, 2003. С. 133.

трансформации международной нормы в национальную, предшествует довольно длительная процедура принятия его обеими палатами Федерального Собрания РФ и подписания Президентом РФ. Такая несогласованность в моменте начала действия международной нормы в рамках международного и национального правопорядков приводит с неизбежностью к образованию некоего правового вакуума, когда возникшие отношения признаются юридически действительными с точки зрения международного права и не имеют юридической силы в рамках национальной правовой системы.

Неспособность государств к эффективному регулированию международных торговых сделок нормами международных договоров подтверждается также анализом принятых в рассматриваемой области конвенций. Несмотря на то, что международный договор (конвенция, соглашение, пакт) представляет собой одну из форм выражения и закрепления унифицированных материально-правовых норм и, как следствие, способ существования в международном частном праве материально-правового способа регулирования, действующие в сфере международной торговли конвенции нельзя назвать удачной межгосударственной унификацией в силу ограниченности и неуниверсальности их сферы действия. Так, к примеру, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров была принята государствами в 1980 году в целях урегулирования экспортно-импортных операций исключительно с материальными ценностями (готовыми изделиями, полуфабрикатами, сырьем), вследствие чего ее положения не могут являться универсальными, а сфера применения - быть безграничной. Данный вывод непосредственно вытекает из норм Конвенции, согласно которым она применяется только «к договорам международной купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах» (п. 1 ст. 1 Конвенции). Соответственно, договор, заключенный между контрагентами, находящимися на территории одного государства, в отношении товара, принадлежащего иностранному производителю, хотя и будет являться договором международной купли-продажи товара (иностраный элемент в форме объекта), но нормами Конвенции, тем не менее, не охватывается. Аналогичным образом рассматриваемый международный акт не применим и к договорам, заключенным между физическими или юридическими лицами одной страны на территории иностранного го-

сударства. С учетом того, что Конвенция действует только в отношении определенной категории товаров (ее положения в соответствии не распространяются на международную куплю-продажу ценных бумаг, судов воздушного и водного транспорта, электроэнергии, иных объектов, перечисленных в ст. 2), вполне обоснованным представляется вывод профессора В.Ф. Попондопуло о том, что договор международной купли-продажи товаров, подпадающий под действие Конвенции, по сути своей является договором поставки по российскому гражданскому праву¹.

Неэффективность государственно-правового регулирования международных торговых сделок побудила самих участников торгового оборота и их объединения консолидировать свои усилия в деле осуществления автономной от государства регламентации складывающихся между ними отношений. Результатом такой активной правотворческой деятельности частных субъектов стали получившее широкое распространение в коммерческом обороте типовые контракты, общие условия, своды единообразных правил, общие принципы, кодексы поведения, торговые обычаи и обыкновения. Данные правовые явления имеют «негосударственное» происхождение, не являясь законодательством в его традиционном понимании².

В науке международного частного права в настоящее время нет единства мнений по вопросу о том, что представляют собой рассматриваемые феномены и каково их содержание. Ряд ученых объединяют их в единую систему регулирования внешнеэкономического характера, именуемую «транснациональным» или «квазимеждународным» правом³. При этом предполагается, что система «транснационального» или «квазимеждународного» права не связана с национальным правом тех или иных государств и их властью, но основана на общих для цивилизованных наций принципах и правилах свободы договора. Другие исследователи считают, что типовые контракты, общие условия, своды единообразных правил, общие принципы, кодексы поведения, торговые обычаи и обыкновения составляют содержание термина *lex mercatoria*⁴. Третья группа ученых настаивает на том, что данные явления существуют в

¹ Международное коммерческое право. Учебное пособие. / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. - М.: Омега-Л, 2006. С. 224.

² См.: Толочко О.Н. Указ. соч. С. 145.

³ Шумилов В.М. Указ. соч. С. 189.

⁴ Klaus Peter Berger. The rebirth of the *lex mercatoria* by the French school. // <http://www.cgi-uni.muenster.de>

форме «субправа»¹ или «параюридической системы» («paralegal law»)².

Несомненно, каждая из указанных выше концепций в силу своей самобытности и оригинальности имеет право на существование. Однако наиболее обоснованной, на наш взгляд, с точки зрения понимания сущности и ненормативной природы рассматриваемых правовых категорий является точка зрения, выдвинутая еще в начале 80-х годов советским ученым И.С. Зыкиным³ и впоследствии нашедшая достойное продолжение в исследованиях В.П. Звекова⁴ и М.М. Богуславского⁵.

Источники регулирования международных частно-правовых отношений, не обязанные своим появлением государству, И.С. Зыкин предложил именовать системой «негосударственного регулирования»⁶. Это предложение, как пишет И.С. Зыкин, «базируется на мнении о том, что целесообразно различать предписания, являющиеся результатом нормотворческой или правоприменительной деятельности государств или их органов (такие как нормы международного договора или национального законодательства, решения государственных судов и пр.), и положения, возникшие в процессе деятельности самих участников делового оборота или организаций, их объединяющих, либо в связи с такой деятельностью (обычные правила, договорные условия, арбитражная практика)». К числу последних исследователь относил, в частности:

- своды единообразных правил, кодифицируемых неправительственными международными организациями (типа Инкотермс, унифицированных правил по документарным аккредитивам и инкассо);
- типовые контракты на отдельные виды товаров, разрабатываемые торговыми ассоциациями;
- примерные (типовые) договоры на фрахтование судов, образцы агентских соглашений и других договоров, использу-

¹ Бахин С.В. Субправо (международный свод унифицированного контрактного права). - СПб., 2002. С. 221.

² Berger K.P. The *lex mercatoria* doctrine and the UNIDROIT principles of international commercial contracts. // Law and policy in international business, 1997. №4. P. 95.

³ Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика; Он же. Договор во внешнеэкономической деятельности; Обычаи и обыкновения в международной торговле: понятие, применение, формирование, применимое право, типовые контракты. - М., 1983.

⁴ Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. - М.: Изд-во НОРМА (Изд. группа НОРМА - ИНФРА-М), 2001.

⁵ Богуславский М.М. Международное частное право: современные проблемы. Учебник. - М.: ТЕИС, 1994.

⁶ См.: Зыкин И.С. Указ. соч.

емых в торговом мореплавании (подготавливаются ассоциациями судовладельцев и иными организациями);

- кодексы поведения (Международный кодекс рекламной практики, Кодекс поведения при совершении документов франшизы, подготовленные соответственно Международной торговой палатой, Международной ассоциацией франшизы).

Предпочтительность термина «негосударственное регулирование» обосновывается, таким образом, возможностью провести на его основе различие между источниками регулирования международных торговых сделок, являющимися результатом правотворческой деятельности государства (то есть источниками государственного регулирования), и теми источниками, которые формируются, помимо государственной воли, в процессе осуществления внешнеэкономической деятельности частными операторами и которые не обеспечиваются мерами государственного воздействия. Практическая применимость в рамках установленного правопорядка источников негосударственного регулирования объясняется тем, что государство, несмотря на отсутствие санкционирования с его стороны, допускает их использование в рамках своей юрисдикции через установление принципа свободы договора и автономии воли сторон¹.

С учетом вышеизложенного можно считать, что унификация норм, опосредующих международную торговую сделку, осуществляется в настоящее время на двух негосударственных уровнях: либо самими контрагентами по сделке, либо в рамках международных неправительственных организаций.

Роль международных неправительственных организаций в негосударственном регулировании торговых сделок международного характера особенно велика. Среди наиболее авторитетных из них можно назвать Международную торговую палату (МТП), разработавшую сборник Международных правил толкования торговых терминов - Инкотермс, а также типовые проформы международных контрактов: агентского, дистрибьютерского, контракта международного финансового лизинга, случайного посредничества и т.д. Совместно с Европейской экономической комиссией МТП разработаны Унифицированные правила поведения при международной передаче торговых данных средствами компьютерной связи. Характе-

¹ Ксенофонтова М.В. Современные международные экономические отношения. // Труды Оренбургского института. Вып. 8. - Оренбург, 2007. С. 623-624.

ризуя деятельность неправительственных организаций по выработке ненормативных методов унификации международного торгового права, нельзя не упомянуть деятельность Международной федерации инженеров-консультантов (FIDIC), принявшей в 1999 году Новые типовые условия отдельных видов договоров на строительство, а также проводимую в рамках Балтийской и международной морской организации (БИМКО) работу по разработке типовых проформ чартеров (договоров фрахтования судов) и документов так называемых линейных конференций.

Активизируется в рассматриваемой области международных торговых отношений и деятельность самих субъектов этих отношений, в первую очередь, контрагентов торгового соглашения и транснациональных корпораций. В результате происходит замена государства как участника унификационного процесса в рамках межправительственных организаций неправительственными организациями и, как следствие, переход формулирования условий международных контрактов непосредственно к их участникам. В современной литературе данный процесс принято именовать «контрактуализацией»¹ правового регулирования международных отношений. Под «контрактуализацией» в данном случае понимается «полное автономное регулирование правоотношений контрактом без права (self-contained contract, lawless contract)»². Иными словами, за контрактом признается сила самостоятельного источника права для отношений между сторонами.

Эффективность негосударственного регулирования международных торговых сделок на современном этапе predetermined, на наш взгляд, стремлением участников торговых отношений (в том числе и государств) к формированию эффективной системы регламентации международных коммерческих операций, отвечающей потребностям современного делового оборота. Именно негосударственные регуляторы являются наиболее гибкими, динамичными инструментами управления в международной торговле, наиболее адаптированными к современным реалиям и в максимальной степени отвечающими интересам контрагентов по сделке. Прогрессивность и мобильность негосударственных инструментов регулирования международной торговли позволяют быстро

¹ Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 3-е изд. - М.: Книжный мир, 1998. С. 23.

² Вельяминов Г.М. Указ. соч. С. 306.

реагировать на изменения в структуре международных коммерческих трансакций и своевременно устранить возникший правовой пробел, а в некоторой степени и коллизию международных и национальных норм. В этом свете внедрение в международную торговлю негосударственных регуляторов представляет собой наиболее оптимальный способ унификации норм о международных торговых сделках.

Увеличение числа неправовых (в значении - негосударственные) регуляторов и их эффективность не означают, тем не менее, вытеснения правовых норм, их замены¹. В данном случае правильнее было бы говорить о сочетании и взаимопроникновении правового и неправового методов регулирования, что в целом направлено на повышение эффективности системы регулирования международных торговых сделок, на повышение степени урегулированности, предсказуемости международных отношений².

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУБЪЕКТА ОЦЕНОЧНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Залавская О.М. -

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса

Правовой режим, или юридический режим правового регулирования как целостная система регулятивного воздействия характеризуется специфическими приемами регулирования - особым порядком возникновения и содержания прав и обязанностей, их осуществления, способов их реализации, а также действием единых принципов, общих дозволений, распространяющуюся на данную совокупность норм³. Данный набор признаков создает «общую направленность регулирования»⁴ и позволяет «индивидуализировать правовое регулирование любого вида общественных отношений (вида деятельности)»⁵ и осуществления оценочной деятельности в частности.

¹ Лукашук И.И. Нормы международного права. - М.: Издательство "Спарк", 1997. С. 62.

² См.: Ксенофонтова М.В. Указ. соч.

³ См.: Алексеев С.С. Общая теория права: Курс в 2-х т. - М., 1981. Т. 1. С. 245; Алексеев С.С. Теория права. - М., 1995. С. 191.

⁴ Алексеев С.С. Общие дозволения и запреты. - М, 1989. С. 185; Алексеев С.С. Теория права. - М., 1995. С. 243.

⁵ См.: Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. - М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2001. С. 49.

Представляется методологически целесообразным посредством обнаружения динамики правового режима осуществления оценочной деятельности определить изменения в определяющем его звене - субъекте оценочной деятельности.

В общелингвистическом смысле термин «оценщик» употребляется в значении специалиста, который устанавливает цену, производит оценку чего-либо¹.

В отношении лиц, производящих оценку, во второй половине XIX века использовались термины «оценщики», «ценовщики», на что указывают Устав гражданского судопроизводства от 20 ноября 1864 г.² и Положение о взыскания гражданских³. Дополняется перечень родовым понятием «сведущие лица», что означало «люди, имеющие сведения о достоинстве имуществ или по торговле, или по постоянному владению, или по занятиям службы, или по упражнениям в художествах и ремеслах» (ст. 127).

Постановлением министерства труда и социального развития Российской Федерации от 27 ноября 1996 г. №11 «Об утверждении квалификационной характеристики по должности «Оценщик (эксперт по оценке имущества)»⁴ понятие «оценщик» соотносится таким его значением, как «эксперт по оценке имущества». О сущности деятельности оценщика как экспертизы и «экспертной оценке рыночной стоимости имущества» говорится в письме Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 7 августа 1995 г. №СЗ-7/ОП-449 «О судебной экспертизе, проводимой ООО «Экспертиза собственности»⁵.

В настоящее время правовые основы, принципы и основные направления государственной судебно-экспертной деятельности определены Федеральным законом от 31 мая 2001 г. №73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»⁶, где сформулировано понятие судебной экспертизы.

Однако как, собственно, само понятие, так и определение круга лиц, производящих экспертизу, не дают основа-

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. Изд. 2-е, испр. и доп. - М.: Азъ, 1995. С. 477.

² Собрание законов Российской империи. Т. XVI. Ч. 2. - СПб., 1903.

³ Там же.

⁴ Документ опубликован не был. // Документ получен из СПС «КонсультантПлюс» (здесь и далее, если иное специально не оговорено, документы приводятся на основании электронных документов, размещенных в СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ Документ опубликован не был.

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. №23. Ст. 2291; 2002. №1 (часть I). Ст. 2.

ний полагать, что закон распространяется на оценочную деятельность. Слабым аргументом противников может выступать регулирование законом только государственной экспертной деятельности. Невозможно это также по той причине, что оценщики не состоят в экспертных учреждениях, работниками которых она и осуществляется. Профессиональными оценщиками сделана попытка подвести под понятие «экспертное учреждение» свою профессиональную организацию Российское общество оценщиков¹. Однако это не соответствует целям ее деятельности, как и невозможно при заявленной организационно-правовой форме: общественная организация.

Оценочная деятельность соотносится с экспертной в ряде судебных актов. Об оценочной экспертизе и признании недействительным акта экспертизы, в частности, речь идет в Постановлении Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 19 октября 1999 г. №7078/98². В Постановлении Президиума Высшего Арбитражного суда от 24 октября 2000 г. №2245/00 исследован вопрос о признании недействительным заключения эксперта³.

В сфере исполнительного производства оценщик наделяется статусом специалиста⁴. В соответствии со статьей 52 Федерального закона от 21 июля 1997 г. №119-ФЗ «Об исполнительном производстве»⁵ и пунктом 4 статьи 85 Федерального закона от 02.10.2007 г. №229-ФЗ «Об исполнительном производстве»⁶ в случае, если оценка является затруднительной либо должник возражает против произведенной судебным приставом-исполнителем оценки, судебный пристав для определения стоимости имущества выносит постановление о назначении специалиста. Особенности применения этой нормы,

¹ Миронов В., Артеменков И. Оценка имущества для целей судопроизводства. // Российская юстиция. 1998. №11. С. 15.

² Документ опубликован не был.

³ Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. 2001. №1. С. 17.

⁴ См., например: Приказ Минюста РФ от 27.10.98 г. №153 «Об обязательном назначении специалиста при осуществлении оценки имущества, на которое обращается взыскание» (Документ опубликован не был); Временная инструкция о порядке ареста и реализации прав (требований), принадлежащих должнику как кредитору по неисполненным денежным обязательствам третьих лиц по оплате фактически поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг (дебиторской задолженности) при обращении взыскания на имущество организаций-должников, утвержденной приказом Минюста России «О мерах по совершенствованию взыскания на имущество организаций» от 03.07.98 г. №76. - П. 9 (Документ опубликован не был).

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. №30. Ст. 359.

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 2007. №41. Ст. 4849.

вопросы правового статуса специалистов в области оценки отражены в ряде исследований процессуалистов¹.

Обзор судебной практики Федеральных арбитражных судов позволяет констатировать, что для определения стоимости имущества в сфере исполнительного производства специалистом (оценщиком) назначаются и учреждения судебных экспертиз. К примеру, обращение ТОО «НПП «Содви» в Арбитражный суд Красноярского края с иском к Государственному учреждению «Центральная лаборатория судебной экспертизы» о признании недействительным акта определения рыночной стоимости имущества, проведенной по поручению судебного пристава-исполнителя². Аналогичный спор рассмотрен в Арбитражном суде Свердловской области в связи с обращением с иском ОАО «Енисейнефтегаз» к Красноярской лаборатории судебной экспертизы о признании недостоверной величины рыночной оценки административного здания³.

Исследователи сущности экспертной деятельности расположены к выводам, что в настоящее время как характер экспертной деятельности, так и круг субъектов, привлекаемых в качестве лиц, оказывающих содействие суду, органам дознания и следствия путем применения своих специальных знаний и навыков, претерпевают существенные изменения. В советский период характер деятельности сведущих лиц (экспертов и специалистов) являлся исключительно публичным и осуществлялся сотрудниками соответствующих государственных организаций и ведомств. В то же время процессуальные кодексы и Закон «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», прямо не используя термин «услуга», подразумевают в ряде случаев возникновение договорного обязательства. Эта возможность реализуется, когда заключаются с экспертными организациями, научно-

¹ См., в частности: Натахина Е.Г. Исполнение решений арбитражных судов об имущественных взысканиях. Дисс. канд. юр. наук. - М., 1999. С. 158 и др.; Морозова И.Б. Субъекты исполнительного производства. Автореферат дисс. канд. юрид. наук. - М., 1999. С. 22-23; Ярков В.В. Комментарий к Федеральному закону «Об исполнительном производстве» и Федеральному закону «О судебных приставах». - М.: Юристъ, 1999. С. 214.

² Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29 января 2002 г. Дело №Ф09-21/02ГК на решение от 17.09.2001 г. и постановление апелляционной инстанции от 27.11.2001 г. Арбитражного суда Свердловской области. // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>

³ Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 24 февраля 2000 г. Дело №А33-9386/99-С21/ФО2-178/2000-С2 на решение от 23.11.1999 г. Арбитражного суда Красноярского края по делу №А33-9386/99-С1. // <http://www.codeks.net/noframe/com-arb-FASO>

исследовательскими и образовательными учреждениями, а также отдельными сведущими лицами договоры, именуемые по-разному (возмездного оказания услуг, выполнения работ и проч.)¹.

Если для ученых-процессуалистов характер деятельности сведущих лиц (экспертов и специалистов) связан с вопросами процессуального статуса, то в нашем случае с разрешением поставленной проблемы связываются требования к закреплению результатов оценочной деятельности.

Федеральный закон от 29 июля 1998 г. №135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»² (далее - Закон об оценочной деятельности) не содержит определения понятия «оценщик», а формулирует только дефиницию понятия «оценочная деятельность». Неустойчивость содержания названной дефиниции (изменение понятия «оценочная деятельность») демонстрирует изменения правового статуса оценщика.

Обратимся к динамике этого правового явления.

Под оценочной деятельностью, согласно первоначальной редакции Закона об оценочной деятельности, понимается деятельность, направленная на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости (пункт 1 статьи 3); субъектами оценочной деятельности признаются, с одной стороны, юридические лица и физические лица (индивидуальные предприниматели), деятельность которых регулируется настоящим Федеральным законом (оценщики), а с другой - потребители их услуг (заказчики) (статья 4).

Обобщение свойств оценочной деятельности не способствует определению характеристики оценщика. Из грамматического (буквального) толкования рассматриваемых норм представляется, что субъектами оценочной деятельности являются стороны гражданско-правового обязательства возмездного оказания услуг: исполнитель и заказчик. Приемы систематического и логического толкования посредством сопоставления содержания всей совокупности правил, сформулированных в нормах об оценочной деятельности, позволили обосновать принципы оценочной деятельности: принцип профессиональности, принцип независимости и принцип достоверности³, и эти принципы характеризуют деятельность оценщика, испол-

¹ Мохов А.А. К вопросу о квалификации услуг, оказываемых экспертами и специалистами. // Эксперт-криминалист. 2006. №3.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. №31. Ст. 3813.

³ Подробнее см.: Залавская О.М. Понятие и правовое регулирование оценочной деятельности: Учебное пособие. - Оренбург: "Агентство "Пресса", 2006.

нителя в договорном обязательстве. Следовательно, определение потребителя услуг оценщиков (статья 4) как субъекта оценочной деятельности представляется ошибочным.

Первоначальная редакция закона содержит множество и других противоречивых суждений, что нередко для современного законодательства¹. Известно, что, «толкование - это всегда уяснение смысла правовой нормы, его содержания и «духа»². Вопрос о соответствии подлинного содержания нормы ее словесному выражению иногда встает в процессе толкования. При стремлении законодателя к наиболее четкому и ясному изложению юридического предписания, не исключена возможность закрепления такой формулировки, которая не отражает действительного содержания правовой нормы³; «причиной тому будет или недосмотр (упущение) законодателя, или небрежность в оформлении своих мыслей, или даже отсутствие в языке и законодательной технике «отработанных» терминов и конструкций»⁴.

Оценщиками по смыслу положений статьи 3 и статьи 4 признаются лица, обладающие совокупностью признаков. Во-первых, это граждане⁵ или юридические лица. Во-вторых, лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, а таковыми могут выступать только индивидуальные предприниматели и организации, занимающиеся предпринимательской деятельностью. Третий признак характеризует направленность деятельности: установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости.

¹ В последнее время в периодических изданиях все активнее обращается внимание на смысловую неясность в нормативных документах. Приведем одно из наиболее «ярких»: «Не подвергая сомнению тот очевидный факт, что законодательные и нормативные акты в Российской Федерации готовятся профессионалами, являющимися специалистами в отдельных предметных областях, приходится с сожалением констатировать, что большинство этих документов пишется на плохом русском языке и подчас совершенно непонятном тем, кто вынужден руководствоваться ими в своей практической деятельности. В ряде случаев и суды вынуждены заниматься совершенно несвойственной им работой и анализировать законодательные нормы, пытаться сформулировать однозначную для них трактовку» (Медведев А. Российские законодатели и нормы русского языка. // Хозяйство и право. 1999. №6. С. 72-73.

² См.: Калмыков Ю. Х. Вопросы толкования и применения гражданско-правовых норм. / Труды. Статьи. Выступления. / Сост. О.М. Козырь, О.Ю. Шиловост; Исследовательский центр частного права. - М., 1998. С. 54 (Печатается по: Хозяйство, право, управление: Межвузовский научный сборник. / Саратовский юридический институт имени Д.И. Курского. Вып. 2. - Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1975. С. 85-94).

³ См.: Калмыков Ю.Х. Указ. соч. С. 55.

⁴ Лазарев. В.В. Применение советского права. - Казань, 1972. С. 75-76.

⁵ Использование термина «физическое лицо» демонстрирует недостатки юридической техники нормативного акта, поскольку в гражданском праве и гражданском законодательстве его использование противоречит правовым традициям.

Соблюдение первых двух признаков обеспечивается посредством государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей в соответствии с Федеральным законом от 8 августа 2001 г. №129-ФЗ (ред. от 23.12.2003 г.) «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»¹. Государственная регистрация представляет собой акты уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляемые посредством внесения в государственные реестры сведений о создании юридических лиц, приобретении гражданами статуса индивидуального предпринимателя.

Законодательством не сформулированы какие-либо требования в отношении организационно-правовой формы коммерческой организации - юридического лица. Однако некоторые попытки предпринимались. Так, ограничения были установлены Законом «Об оценочной деятельности в городе Москве» №3 от 11 февраля 1998 г.², которым устанавливалось невозможным существование оценочной организации в форме открытого акционерного общества. Позиция представляется, по меньшей мере, неоправданной. Объективных причин для подобного рода ограничений наукой не выработано, не существуют они в российском законодательстве. Налицо опрометчивая тенденция: попытка воспроизведения общих начал проведения оценки американского общества оценщиков (Единых стандартов профессиональной оценочной деятельности (USPAP), основанных на правовой системе, отличной, как известно, от российской правовой системы. В проекте закона «Об оценочной деятельности в Российской Федерации», предложенном Российским обществом оценщиков в 1996 году³, предусматривалось это положение, но оно справедливо не вошло в окончательную редакцию.

В третьем признаке, характеризующим направленность деятельности оценщика (установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости) обнаруживается ошибка: наделение профессиональной деятельностью юридическое лицо, поскольку оно не обладает профессией.

Эти и другие терминологические ошибки, юридико-техническая небрежность породили неопределенность содержания и противоречивость правовых норм.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. №33 (часть I). Ст. 3431; 2003. №26. Ст. 2565; 2003. №50. Ст. 4855; 2003. №52 (часть I). Ст. 5037.

² Ведомости Московской Думы. 1998. №5. С. 39.

³ Проект Федерального закона «Об оценочной деятельности», предложенный Российским обществом оценщиков. // Российский оценщик. 1997. №1. С. 5-8.

Так, регулирование оценочной деятельности по смыслу первоначальной редакции статьи 1 Закона об оценочной деятельности отнесено к предмету совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, что породило появление регионального лицензирования, практические трудности и необоснованные претензии со стороны заказчиков. Однако «установление правовых основ единого рынка», гражданское законодательство, статистический и бухгалтерский учет относится к ведению Российской Федерации (статья 71 Конституции РФ). Гражданское законодательство содержит значительное число положений, связанных с определением стоимости, а согласно ст. 6 Закона об оценочной деятельности результаты оценки могут быть использованы для корректировки данных бухгалтерского учета. Изменения, внесенные в ст. 1 Федеральным законом от 22 августа 2004 г. №122-ФЗ,¹ снимают эти противоречия, и регулирование оценочной деятельности отнесено к предмету исключительного ведения Российской Федерации.

В соответствии со статьей 23 Закона об оценочной деятельности, Федеральным законом «О лицензировании отдельных видов деятельности» №128-ФЗ от 8 августа 2001 г. (ред. от 23.12.2003 г. №185-ФЗ)² оценочная деятельность отнесена к числу лицензируемых. В таком случае, субъектами оценочной деятельности (оценщиками) необходимо признать организацию, и при данных приемах правового регулирования не наделять граждан статусом оценщика.

Саморегулирование оценочной деятельности предусмотрено дополнительно к государственному регулированию. В соответствии со ст. 22 Закона об оценочной деятельности оно осуществляется саморегулируемыми организациями оценщиков и распространяется на членов таких саморегулируемых организаций, для чего в целях саморегулирования оценочной деятельности оценщики вправе объединяться в ассоциации, союзы, иные некоммерческие организации. Вновь требует разрешения дилемма: членом саморегулируемой организации могут быть юридические лица или граждане (его работники), а саморегулируемая организация - это некоммерческая орга-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. №35. Ст. 3607.

² Собрание законодательства Российской Федерации 2001. №33 (часть I). Ст. 3430. 2002. №11. Ст. 1020; 2002. №12. Ст. 1093; 2002. №50. Ст. 4925; 2003. №2. Ст. 169; 2003. №9. Ст. 805; 2003. №11. Ст. 956; 2003. №13. Ст. 1178; 2003. №52 (часть I). Ст. 5037.

низация, объединяющая субъектов предпринимательской деятельности по признаку единства отрасли или объединяющие субъектов одного вида профессиональной деятельности?

Противоречивые суждения выражены и в отношении страхования гражданской ответственности как одного из условий осуществления оценочной деятельности. Не решен вопрос в отношении ответственности оценщика: подлежит страхованию ответственность юридического лица или гражданина-работника этой организации?

Большое количество противоречий преодолено принятием Федерального закона от 27.07.2006 г. №157-ФЗ (ред. от 13.07.2007 г.) «О внесении изменений в федеральный закон «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»¹.

Под оценочной деятельностью понимается профессиональная деятельность субъектов оценочной деятельности, направленная на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости (п. 1 ст. 3 в ред. Федерального закона от 27.07.2006 г. №157-ФЗ). Субъектами оценочной деятельности признаются физические лица², являющиеся членами одной из саморегулируемых организаций оценщиков и застраховавшие свою ответственность (ст. 4 в ред. Федерального закона от 27.07.2006 г. №157-ФЗ).

Статьей 22 Федерального закона определено, что саморегулируемой организацией оценщиков признается некоммерческая организация, созданная в целях регулирования и контроля оценочной деятельности, включенная в Единый государственный реестр саморегулируемых организаций оценщиков и объединяющая на условиях членства оценщиков.

Таким образом, определение оценочной деятельности как профессиональной позволило лишить статуса оценщика юридическое лицо и тем самым разрешить обозначенную дилемму.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. №35. Ст. 3607. 2006. №31 (1 ч.). Ст. 3456.

² По-прежнему вопреки правовой традиции используется термин “физическое лицо”.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВА НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ПРОИЗВЕДЕНИЯ ПО БЕРНСКОЙ КОНВЕНЦИИ И НАЦИОНАЛЬНЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМ

Ковалев М.В. -

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

І. Лексический анализ п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции

Бернская конвенция была подписана Договаривающимися государствами в 1886 г. на французском языке и оставалась в этом виде вплоть до 1948 г., когда под влиянием настойчивых просьб Великобритании в нее включили указание: «Официальные Акты Конференций вырабатываются на французском языке. Равнозначный текст вырабатывается на английском языке»¹. Это положило начало отступлению от принципа единого текста, которое завершилось в 1967 г. с утверждением более категорической формулировки: «Настоящий Акт подписывается в одном экземпляре на английском и французском языках» (п. (1)(a) ст. 37 Бернской конвенции). Однако для того, чтобы смягчить возможные недостатки этого решения, и подчеркивая символическую роль французского языка, было решено придать последнему верховенство, установив: «В случае разногласий в толковании различных текстов предпочтение отдается французскому тексту» (п. 1(с) ст. 37 Бернской конвенции). Таким образом, при существовании двух аутентичных текстов Бернской конвенции, а, следовательно, необходимости в каждом конкретном случае сверяться с ними обоими, окончательный вывод о смысле того или иного положения может быть сделан только на основании анализа французского текста.

Кроме аутентичных текстов Бернской конвенции, она в соответствии с п. 1(b) ст. 37 вырабатывается Генеральным директором на арабском, испанском, итальянском, немец-

¹ Переводится по французскому тексту Бернской конвенции в Брюссельской редакции 1948 г., который доступен по адресу: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i2/0.231.13.fr.pdf> (просмотрено 29 декабря 2007 г.). О причинах включения соответствующего положения см.: Records 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. International copyright and neighbouring rights: The Berne Convention and Beyond. Vol. 2. 2 ed. - New York - Oxford: Oxford University Press, 2006. // <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/155500286>, p. 269 (просмотрено 29 декабря 2007 г.).

ком и португальском языках, а также на других языках, которые определит Ассамблея.

На двадцать четвертой (одиннадцатой чрезвычайной) сессии Ассамблеи Союза по охране прав авторов на их литературные и художественные произведения (далее - Бернский союз) 1998 г. было принято решение определить русский язык в качестве языка, на котором может вырабатываться официальный текст Бернской конвенции¹. Основываясь на этом решении, Генеральный директор Бернского союза подготовил соответствующий текст².

При сравнении официального русского текста с аутентичными текстами нетрудно обнаружить различия в определении некоторых правовых явлений, охватываемых п. 1 ст. 6 bis.

Согласно официальному русскому тексту Бернской конвенции в указанном пункте установлено: «Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право... противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора». Французский текст Бернской конвенции на этот счет гласит: «*Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit... de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation*»³. В английском тексте предусмотрено: «*Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right... to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation*»⁴.

Отмечая существование расхождений между официальным русским текстом Бернской конвенции и его аутентичными текстами, нужно в то же время подчеркнуть, что эти расхож-

¹ Отчет Ассамблеи Бернского союза. Двадцать четвертая (одиннадцатая чрезвычайная) сессия. Женева. 8-15 сентября 1998 г. Документ В/А/24/2. Доступен к скачиванию по адресу: http://patentagenda.wipo.int/documents/en/document/govbody/wo_gb_b/doc/b_a24_2.doc (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

² Официальный русский текст Бернской конвенции доступен на сайте ВОИС по адресу: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/berne.html#a22> (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

³ Французский текст Бернской конвенции доступен на сайте ВОИС по адресу: http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

⁴ Английский текст Бернской конвенции доступен на сайте ВОИС по адресу: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

дения, чаще всего, носят сугубо терминологический характер и не сказываются на понимании общего смысла и значения определяемых правовых явлений. Действительно, слово «извращение» совпадает по своему смыслу со словом «déformation» и словом «distortion». В русском языке слово «извращение» образуется от слова извращать, которое означает «ложно истолковать, исказить»¹. Во французском языке слово «déformation» образуется от слова «déformer», которое означает «исказить какое-либо явление (факт, слово, идею), в результате чего утрачивается его точность или смысл»². В английском языке слово «distortion» образуется от слова «distort», которое означает «дать ошибочное, извращенное или непропорциональное толкование»³. Также не различается смысл слов «изменение» и «modification», «противодействовать» и «s'opposer» или «to object». Только несущественные смысловые различия обнаруживаются между выражениями «иметь право», «conserve le droit» и «have the right»⁴. Однако думается, что значение слова «искажение» не вполне согласуется со значением слова «mutilation».

Французское слово «mutilation» образовано от слова «mutiler» Это слово означает отчленение и применяется в отношении человека или другого живого существа⁵. В этом смысле ст. 222-9 Французского уголовного кодекса, например, устанавливает запрет на «mutilation» или, что соответствует лексике русского языка, членовредительство⁶.

По аналогии слово «mutilation» может применяться также к литературному произведению и произведению искусства. Так, глагол «mutiler» употребляется в словосочетаниях «mutiler un

¹ Ожегов С.Н. Словарь русского языка: Ок. 57 000 слов. / Под ред. Н.Ю. Шведовой. - 17-е изд., стереотип. - М.: Рус. яз., 1985. С. 208.

² Определение слова «déformer» дается по Тезаурусу французского языка в электронной форме. Доступно по адресу: <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/deformer> (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

³ Определение слова «distort» дается по словарю Dictionary.com Unabridged (v 1.1). Доступно по адресу: <http://dictionary.reference.com/browse/distort> (просмотрено 1 января 2008 г.).

⁴ При этом официальный русский текст здесь полностью совпадает с английским, и оба они отличаются от французского текста, поскольку во французском языке выражение «conserve le droit» означает не «иметь право», а «сохранять право» (см.: определение слова «conserver» по Тезаурусу французского языка в электронной форме, доступно по адресу: <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/conserver> (просмотрено 24 декабря 2007 г.)).

⁵ Определение слова «mutilation» по Тезаурусу французского языка в электронной форме. Доступно по адресу: <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/mutilation> (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

⁶ Текст ст. 222-9 Французского уголовного кодекса доступен по адресу: [http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticle Code?commun=CPENAL&code=&h0=CPENALLL.rcv&h1=2&h3=17](http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuArticle_Code?commun=CPENAL&code=&h0=CPENALLL.rcv&h1=2&h3=17) (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

texte, les vers d'un poeme»¹, «mutiler un monument, un tableau»². В отношении литературного произведения этот глагол означает - «удалить необходимую часть»³, а в отношении произведения изобразительного искусства он подразумевает - «повреждать»⁴.

В английском языке, так же, как и во французском, слово «mutilation» связывается с представлением о сокращении или повреждении⁵.

При юридическом употреблении слова «mutilation» его общелексический смысл полностью сохраняется. Так, например, французская судебная практика относит к случаям mutilation сокращение литературного произведения, замазывание части портрета, содержащей имя изображенного лица и подпись художника⁶.

Указанные нюансы значения слова «mutilation», думается, не находят должного выражения в слове «искажение».

В русском языке слово «искажение» имеет два смысла. Прежде всего это слово образовано от слова «исказить», которое означает «представить в ложном, неправильном виде»⁷. Во-вторых, слово «искажение» подразумевает «неправильность, ошибку»⁸. Ни в одном из указанных смыслов конкретно не выражается представление о сокращении литературного произведения или о повреждении произведения искусства.

Конечно, можно сказать, что, не включая в себя соответствующих представлений, слово «искажение» в то же время и не исключает их. Действительно, представление в ложном, неправильном виде произойдет как в случае изменения содержания произведения, так и в случае сокращения литературного произведения или повреждения произведения искусства. Однако для выражения этого более широкого смысла достаточно было ограничиться словом «извращение», которое, как уже отмечалось, означает «ложно истолковать, исказить», и не дополнять перечень запрещенных действий «искажением».

Также представляется, что значение слова «посягательство» не вполне согласуется со значениями слов «atteinte» и «derogatory action».

¹ Определение слова “mutiler” по Тезаурусу французского языка в электронной форме. Доступно по адресу: <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/mutiler> (просмотрено 24 декабря 2007 г.).

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ См. определение слова “mutilation” по словарю Dictionary.com Unabridged (v. 1.1). Доступно по адресу: <http://dictionary.reference.com/browse/mutilate> (просмотрено 1 января 2008 г.).

⁶ Fouillandle F. Droit moral de l'auteur en droit français, 2003. // <http://www.glose.org/mem016-htm.htm>, № 199 (просмотрено 1 января 2008 г.).

⁷ Ожегов С.Н. Указ. соч., с. 218.

⁸ Там же.

В русском языке слово «посягательство» означает «попытка (незаконная или осуждаемая) сделать что-н., распорядиться чем-н., получить что-н. и т.п.»¹. Это не имеет ничего общего с представлением о причинении вреда, которое во французском языке выражает слово «atteinte»², а в английском языке несколько более конкретное по значению словосочетание «derogatory action»³.

Поскольку, как было доказано, существуют расхождения между официальным русским и аутентичными текстами Бернской конвенции, необходимо, основываясь на предусмотренный в ней для таких случаев п. 1(с) ст. 37⁴, переформулировать положение русского текста п. 1 ст. 6 bis.

Как представляется, аутентичность соответствующего положения в официальном русском тексте может быть лучше всего обеспечена путем указания в нем: «Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право... противодействовать всякому извращению, сокращению, повреждению или иному изменению этого произведения, а также любому другому причинению вреда произведению, которое порочит честь или репутацию автора».

В предлагаемой формулировке слово «искажение» заменяется на слова «сокращение» и «повреждение». Это позволяет лучше отразить многозначность французского слова «mutilation», которое, как уже отмечалось, в отношении литературного произведения указывает на сокращение, а в отношении произведения искусства связывается с повреждением. Далее формулировка «...а также любому другому посягательству на произведение...» заменяется на формулировку «...а также любому другому причинению вреда произведению...», что позволяет лучше выразить смысл французского слова «atteinte».

Определив лексический смысл формулировки права на неприкосновенность, необходимо перейти к юридическому анализу этой формулировки.

¹ Ожегов С.Н. Указ. соч., с. 493.

² См. определение слова “atteinte” по Тезаурусу французского языка в электронной форме. Доступно по адресу: <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/atteinte> (просмотрено 1 января 2008 г.).

³ Это словосочетание означает преуменьшающее или умаляющее действие. См. определение слова “derogatory” по словарю Dictionary.com Unabridged (v. 1.1). Доступно по адресу: <http://dictionary.refer ence.com/browse/derogatory> (просмотрено 1 января 2008 г.).

⁴ Согласно этому пункту, как уже указывалось, “в случае разногласий в толковании различных текстов предпочтение отдается французскому тексту”.

II. Юридический анализ п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции и соответствующих положений национальных законодательств

Понятие права на неприкосновенность, данное в п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции, состоит из двух логических частей. В первой части раскрывается содержание этого права. Во второй части определяется его объем.

§1. Содержание права на неприкосновенность

1. Сущность права на неприкосновенность

П. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции раскрывает содержание права на неприкосновенность в следующей формулировке: «автор имеет право... противодействовать всякому извращению, сокращению, повреждению или иному изменению произведения, или любому другому причинению вреда произведению». Как видно из этой формулировки, логический акцент в ней делается на поведение управомоченного лица. Управомоченное лицо обладает возможностью противодействовать любому причинению вреда произведению со стороны обязанных лиц.

В национальных законодательствах при конструировании права на неприкосновенность, чаще всего, обращается внимание не на поведение управомоченного лица, а на поведение обязанных лиц. Так, в соответствии с п. 1 ст. 1266 ГК РФ, «не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений... снабжение произведения при его использовании иллюстрациями...». Согласно п. 1 ст. 80 Закона об авторском праве, промышленных образцах и патентах Великобритании, автору предоставляется право на то, чтобы его произведение не подвергалось пренебрежительному обращению (*not to have the work subjected to derogatory treatment*)¹. В п. 1 ст. 28.2 Закона об авторском праве Канады указано, что право на неприкосновенность нарушается, если «произведение... искажено, сокращено, повреждено или изменено другим образом...»².

¹ Текст Закона доступен по адресу: http://opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880048_en_1 (просмотрено 3 февраля 2008 г.).

² Текст Закона доступен по адресу: <http://www.cb-cda.gc.ca/info/act-e.html> (просмотрено 3 февраля 2008 г.).

В некоторых законодательствах конструкция рассматриваемого права объединяет в себе указания на юридические возможности управомоченного лица и запреты для обязанных лиц. Так, в соответствии со ст. 106А(а)(3) Титула 17 Кодекса США, «автор имеет право предотвращать любое умышленное извращение, сокращение, повреждение или иное изменение... произведения, и любое умышленное извращение, сокращение, повреждение или изменение произведения является нарушением... права»¹. В соответствии с п. 1 ст. 20 Закона об авторском праве Японии, «автор имеет право сохранять неприкосновенность своего произведения... и никакое искажение, сокращение, повреждение или иное изменение произведения не допускается против его воли»².

Но какими бы ни были формулировки права на неприкосновенность, все они по существу сводятся к установлению запрета на действия обязанных лиц. В этом рассматриваемое право объединяется с другими личными неимущественными правами, которые, по общему правилу, также не включают в свое содержание «совершение положительных гражданско-правовых действий» управомоченным лицом³, а предусматривают, что «обязанные лица должны воздерживаться от нарушения соответствующего блага»⁴.

Определив, что сущность права на неприкосновенность заключается в установлении запрета, необходимо перейти к выяснению вопроса о характере этого запрета.

2. Общий запрет, выраженный в праве на неприкосновенность

А) Характер общего запрета

На Римской конференции, проходившей в 1928 году, было принято решение дополнить Бернскую конвенцию статьей 6 bis, которая определяла право на неприкосновенность следующим образом: «Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки названных прав автор имеет право... противодействовать всякому извращению, сокращению,

¹ Текст Титула 17 доступен к скачиванию по адресу: <http://www.copyright.gov/title17/> (просмотрено 3 февраля 2008 г.).

² Текст Закона (в переводе на английский язык) доступен по адресу: http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/jp/jp032en.html (просмотрено 3 февраля 2008 г.).

³ Гражданское право. Часть I. Учебник. / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. - М.: Издательство ТЕИС, 1996. С. 273.

⁴ Там же.

повреждению или иному изменению произведения...»¹. Как видно из этого, первоначально общий запрет относился к внесению изменений в произведение. Это не выражало должным образом интересы автора. С одной стороны, гораздо большую угрозу для этих интересов могут представлять неудачные пояснения или иллюстрации. С другой стороны, не все изменения противоречат интересам автора².

По этой причине при пересмотре Бернской конвенции на Брюссельской конференции в 1948 г. п. 1 ст. 6 bis был дополнен следующим указанием - «или любому другому причинению вреда произведению». В результате этого соответствующий пункт приобрел свой нынешний вид: «Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки названных прав автор имеет право противодействовать всякому извращению, сокращению, повреждению или иному изменению произведения, *или любому другому причинению вреда произведению...*»³.

Дополнение, внесенное в п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции, привело к уточнению общего запрета. Перечень возможных

¹ Переводится по французскому тексту Бернской конвенции в Римской редакции 1928 г., который доступен по адресу: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i2/0.231.12.fr.pdf> (просмотрено 29 декабря 2007 г.). В оригинале этот текст гласит: “Indépendamment des droits patrimoniaux d’auteur, et même après la cession desdits droits, l’auteur conserve le droit de s’opposer a toute déformation, mutilation ou autre modification de oeuvre”.

² Интересно отметить, что Председатель Субкомитета по моральным правам Римской конференции, считая явно недостаточным указание ст. 6 bis Бернской конвенции, выразил уверенность в том, что “рано или поздно будет выработано более широкое понятие”. (См.: Records of the Conference. Report by the Sub-Committee on Moral Rights, 1928. // Ricketson S., Ginsburg Jane C. Op.cit. // <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550019>, p. 230 (просмотрено 30 декабря 2007 г.).)

³ Любопытно заметить, что, судя по английскому тексту Бернской конвенции в Брюссельской редакции 1948 г. и Стокгольмской редакции 1967 г., этот текст дважды подвергался изменениям и дополнениям по интересующему нас вопросу. При пересмотре Бернской конвенции на Брюссельской конференции 1948 г. в п. 1 ст. 6 bis слово “изменение” (modification) было исключено и на его место было поставлено слово “искажение” (alteration), а сам пункт был дополнен указанием - “или любому другому действию в отношении произведения” (“or any other action in relation to the said work”). В результате этого п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции приобрел следующий вид: “Автор имеет право противодействовать всякому извращению, сокращению, повреждению или иному **искажению** произведения, или **любому другому действию в отношении произведения**” (“the author shall have the right to object to any distortion, mutilation or other alteration thereof, or any other action in relation to the said work...”). Английский текст приводится по: Ricketson S., Ginsburg Jane C. Op.cit. // <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550020>, p. 15 (просмотрено 29 декабря 2007 г.).

На Стокгольмской конференции 1967 г. было решено внести грамматические уточнения в новую редакцию английского текста п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции. В результате этого слово “изменение” (modification) вернулось на свое прежнее место, вытеснив из него слово “искажение” (alteration), а указание об ином действии (other action) было ограничено уменьшающим действием (derogatory action). (См. английский текст: Ricketson S., Ginsburg Jane C. Op. cit. // <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550021>, p. 32 (просмотрено 29 декабря 2007 г.)). Благодаря этому английский текст п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции приобрел свой нынешний вид.

вмешательств в произведение приобрел открытый характер. Вместе с извращением, сокращением, повреждением и иным изменением в него были включены любые другие действия. Но при этом оценка противоправности соответствующих вмешательств стала зависеть от последствий, вызванных ими. Не допускались только такие действия, которые могли причинить вред произведению¹.

Сообразно характеру общего запрета необходимо, во-первых, рассмотреть отдельные случаи вмешательства в произведение, и, во-вторых, проанализировать, в чем заключается их вредоносность.

Б) Отдельные случаи вмешательства в произведение

П. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции различает два типа вмешательства в произведение: изменение и другое действие. В свою очередь, к изменению относится извращение, сокращение и повреждение.

Извращение является наиболее типичным случаем изменения произведения. Поэтому большинство национальных законов, вслед за Бернской конвенцией, прямо указывает на него². Под извращением понимается качественное изменение произведения. Это может выражаться, например, в переименовании картины³, цветокоррекции художественного филь-

¹ Как было указано в этой связи Субкомитетом по моральным правам Брюссельской конференции, новой формулировкой предполагалось охватить такие действия, которые “строго говоря, не относятся ни к извращению, ни к сокращению или повреждению но которые, тем не менее, противоречат интересам автора”. (Records of the Conference. Report by the Sub-Committee on Moral Rights, 1948, June 19. // Ricketson S., Ginsburg Jane C. Op.cit. // http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/155500286_p_281).

² См.: п. 1 ст. 1266 ГК РФ, distortion: ст. 106A(a)(3)(A) Титула 17 Кодекса США, п. 1 ст. 28.2 Закона об авторском праве Канады, п. 1 ст. 57 Закона об авторском праве Индии (доступен по адресу: http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/in/in007en.html (просмотрено 3 февраля 2008 г.)), material distortion: ст. 195AJ Закона об авторском праве Австралии (доступен по адресу: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/ (просмотрено 3 февраля 2008 г.)), alteration or adaptation: п. 2 ст. 80 Закона об авторском праве, промышленных образцах и патентах Великобритании, Entstellung: ст. 14 Закона об авторском праве Германии (доступен по адресу: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/index.html> (просмотрено 3 февраля 2008 г.)), deformación: ст. 14 Объединенного текста законов Испании об интеллектуальной собственности регулирующих, разъясняющих и гармонизирующих законодательные положения (доступен по адресу: <http://www.wipo.int/clea/docsnew/en/es/es070en.html> (просмотрено 3 февраля 2008 г.)).

³ В 2004 г. испанский суд признал нарушением демонстрацию картины Сальвадора Дали “Двойное изображение Галы” под названием “Дали рисует Галу” (см.: Dali aide convicted of “touch-up”. // BBC News, 2004, October 29, доступно по адресу: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/396415.stm> (просмотрено 6 января 2008 г.)). Аналогичное решение было вынесено голландским судом в 1998 г. по делу Het Rooms-Katholiek Aartsbisdom Utrecht v. Stichting Beeldrecht (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Final report. Study contract n° ETD/99/B5-3000/E*28, 2000, April. // Salokannel M., Strowel A. with the collaboration of Derclaye E. p. 101, доступно к скачиванию по адресу: http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b5300e28_en.pdf (просмотрено 2 января 2008 г.)).

ма¹, размещении текста на фотографии², изменении характеристик персонажей пьесы³.

В отличие от извращения сокращение произведения изменяет его в количественном отношении. Многие национальные законы также прямо запрещают его⁴. К сокращению относится, в частности, демонстрация художественного фильма с купюрами⁵, воспроизведение статьи без сносок⁶, опубликование фрагмента фотографии⁷, использование мелодии в форме рингтона⁸.

Повреждение характеризует качественное изменение материального носителя произведения. Некоторые национальные

¹ В 1994 г. французский суд признал нарушением демонстрацию черно-белого фильма Джона Хьюстона "Асфальтовые джунгли" в цветном изображении (см. решение Апелляционного Суда Версаля по делу Ste T. C. / Héritiers H. et autres от 19 декабря 1994 г., доступно по адресу: http://www.droit-auteur.com/jurisprudence_general_divers4-2.htm (просмотрено 2 января 2008 г.)). Аналогичное решение было вынесено итальянским судом в 2005 г. относительно фильма Фреда Циммермана "Седьмой крест" (см.: Roos D. An Italian court rules in favor of Fred Zinnemann nearly 10 years after his death, 2006, January 24, доступно по адресу: http://www.moviemaker.com/directing/article/artists_across_borders_2891/festivals (просмотрено 2 января 2008 г.)).

² В 2004 г. французский суд признал, что право автора было нарушено в результате размещения на фотографии партийного лидера логотипа партии и предвыборного лозунга (см. решение Первой секции Третьей палаты Трибунала высокой инстанции Парижа от 18 февраля 2004 г. по делу Joel S., Saif / Le Front National, Marine Le Pen, Association de Financement Electorale de Marine Le Pen Rÿgionales 2004, доступно по адресу: http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1333 (просмотрено 20 января 2008 г.)).

³ В 1992 г. во Франции была запрещена к показу постановка пьесы С. Беккета "В ожидании Годо"⁴, поскольку, вопреки намерениям автора, мужские роли в ней играли женщины (см., например: Piotraut J.-L. An authors' rights-based copyright law: the fairness and morality of french and american law compared. // *Cardozo arts & entertainment law journal*, 2006, vol. 24, p. 605).

⁴ См.: п. 1 ст. 1266 ГК РФ, mutilation: п. 1 ст. 28.2 Закона об авторском праве Канады, ст. 195AJ Закона об авторском праве Австралии, п. 1 ст. 57 Закона об авторском праве (Индии), deletion: п. 2 ст. 80 Закона об авторском праве, промышленных образцах и патентах Великобритании, Kürzungen: п. 1 ст. 21 Закона об авторском праве на произведения литературы и искусства и о смежных правах Австрии (доступен к скачиванию по адресу: http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=15294&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (просмотрено 3 февраля 2008 г.)).

⁵ Решение Верховного Суда Австрии от 10 ноября 1998 г. (см. Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op.cit., p. 10), решение Апелляционного суда Франкфурта от 22 декабря 1998 г. (Ibid., p. 67).

⁶ Решение бельгийского суда 1996 г. по делу Uyttendaele e.a. v. P. Sessler (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op.cit., p. 16).

⁷ В 1985 г. французский суд пришел к выводу о том, что опубликование в газете фрагмента фотографии противоречит закону, так как вырезанная часть составляет необходимый элемент общей композиции (см.: Teilmann S. British and french copyright: a historical study of aesthetic implications. Submitted for the degree of Ph.D. on 7 October 2004. Department of Comparative Literature University of Southern Denmark, 2004, p. 155-156, доступно к скачиванию по адресу: <http://www.humaniora.sdu.dk/phd/dokumenter/filer/-0.doc> (просмотрено 8 января 2008 г.)). К аналогичному выводу пришел немецкий суд в 1993 г. (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op.cit., p. 65).

⁸ В 2003 г. французский суд признал, что использование мелодии в форме рингтона "приводит к существенному сокращению развития музыкальной темы и нарушает абсолютное право на уважение произведения" (см.: решение Второй секции Третьей палаты Трибунала высокой инстанции Парижа по делу Claude M'V (MC Solaar) et autres / Societÿ Media Consulting et autres от 7 ноября 2003 г., доступно по адресу: http://legalis.net/breves-article.php3?id_article=1032 (просмотрено 8 января 2008 г.)).

законы признают его противоправным действиям¹. В качестве примеров повреждения можно назвать реконструкцию стадиона², демонтаж бронзовых фресок³, разделение сложного произведения на составные части⁴.

Наряду с извращением, сокращением и повреждением Бернская конвенция запрещает **иное изменение** произведения.

К иному изменению относится, прежде всего, *дополнение*, которое так же, как и сокращение, затрагивает произведение с количественной стороны. Этот вид изменения охватывается запретом в некоторых национальных законах⁵. Суды приходили к выводу о том, что право автора нарушается в случае некорректного цитирования при опубликовании статьи⁶, дополнения слов песни при ее исполнении⁷.

Изменение произведения происходит также в случае его *технического преобразования*, например, при уменьшении или увеличении размера фотографии⁸, оцифровке⁹.

¹ Mutilation: ст. 106A(a)(3)(A) Титула 17 Кодекса США, п. 1 ст. 28.2 Закона об авторском праве Канады, ст. 195AJ Закона об авторском праве Австралии, п. 1 ст. 57 Закона об авторском праве Индии.

² В 2006 г. Государственный совет Франции признал, что реконструкция стадиона, произведенная муниципалитетом г. Нант в целях подготовки к чемпионату мира по футболу 1998 г., нарушает права архитектора (см. решение Государственного совета Франции по делу М.А. от 11 сентября 2006 г., доступно по адресу: <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXBX2006X09X000000265174> (просмотрено 3 февраля 2008 г.)).

³ В 2005 г. Верховный Суд Индии признал, что демонтаж бронзовых фресок, произведенный Правительством Индии в ходе работ по реконструкции здания, нарушает права скульптора (решение по делу Amar Nath Sehgal vs. Union of India, обсуждается в: Kalra B. Copyright in the Courts: How Moral Rights Won the Battle of the Mural. // WIPO Magazine, 2007 April. // http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2007/02/article_0001.html (просмотрено 3 февраля 2008 г.)).

⁴ В 1965 г. Кассационный суд Франции признал, что, снимая панно с рефрижератора, собственник разрушил единство произведения, запущенное художником (решение по делу Бернара Бюффе, см., например: Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. - 2-е изд.: Пер. с фр. - М.: Междунар. отношения, 1993, с. 212-213).

⁵ П. 1 ст. 1266 ГК РФ, addition: п. 2 ст. 80 Закона об авторском праве, промышленных образцах и патентах Великобритании, Zusatz: п. 1 ст. 21 Закона об авторском праве на произведения литературы и искусства и о смежных правах Австрии.

⁶ При рассмотрении одного из дел было установлено, что ответчик опубликовал статью, содержащую цитату из работы истца. Эта цитата была дополнена двумя предложениями и заключена в кавычки вместе с ними. В результате сложилось ложное впечатление о том, что весь отрывок был заимствован из произведения истца (см. решение английского суда по делу Noah v. Shuba 1991 г., фабула и выдержки из решения доступны по адресу: <http://slcc.strath.ac.uk/scotslawcourse/ip/ip/copy/moral/noah.html> (просмотрено 8 января 2008 г.)).

⁷ Решение окружного суда Амстердама 1978 г. (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op. cit., p. 101).

⁸ В 2006 г. Кассационный суд Франции признал, что размещение на бутылке этикетки, содержащей фотографию в уменьшенном виде нарушает право автора (см. решение Первой палаты по гражданским делам Кассационного суда Франции от 12 июля 2006 г., доступно по адресу: <http://www.p-s.fr/index.php?2006/08/02/24-civ-1erc-12-juillet-2006> (просмотрено 20 января 2008 г.)).

⁹ В 2006 г. французский суд признал право на неприкосновенность нарушенным в связи с тем, что при размещении фотографий на сайте в Интернете они утратили свой подлинный вид (см. решение Второй секции Третьей палаты Трибунала высокой инстанции Парижа от 15 декабря 2006 г. по делу Didier R. / Nouvelles editions de l'universite et Petit futecom, доступно по адресу: http://www.juritel.com/Ldj_html-1218.html (просмотрено 7 января 2008 г.)). В Голландии было признано нарушением морального права журналиста воспроизведение его статей на сайте в Интернете и на оптическом диске (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op. cit., p. 101).

В рассмотренных случаях изменяется форма произведения. Это нашло достаточно четкое выражение в Бернской конвенции как при определении каждого противоправного действия, так и при отнесении всех их в группу изменений.

Той же четкости, однако, не обнаруживается при рассмотрении второго типа вмешательства. Устанавливая запрет на любое другое причинение вреда произведению, Бернская конвенция не делает попытки хоть как то конкретизировать его.

В этих условиях для выяснения интересующего нас вопроса необходимо обратиться к национальным законам и практике их применения.

Анализ соответствующих материалов позволяет сделать вывод о том, что ко второму типу вмешательства относится **контекстуализация** произведения.

Контекстуализация произведения создается, прежде всего, *при раскрытии авторского замысла* в иллюстрациях, предисловии, послесловии, комментарии и пояснении. Как правильно указывает в этой связи В.И. Серебровский, «хорошие иллюстрации способствуют лучшему усвоению литературного материала, раскрытию художественных образов, мыслей и идей автора. Поэтому для автора литературно-художественного или научного произведения качество иллюстраций имеет очень важное значение»¹. Но то же самое можно сказать о предисловии, послесловии и т.п. По этой причине российский законодатель в п. 1 ст. 1266 ГК РФ вполне обоснованно ставит под контроль автора все соответствующие действия². Аналогичной позиции придерживается судебная практика некоторых других государств³.

К рассмотренным случаям тесно примыкает *создание условий для представления авторского замысла*. В качестве примера этого можно назвать выбор определенного места или обстановки.

¹ Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. - М.: Издательство академии наук СССР, 1956. С. 129.

² В этом он следует своим традициям. Уже Основы авторского права СССР 1928 г. запрещали без согласия автора снабжать произведение иллюстрациями (ст. 18). В ч. 2 ст. 480 ГК РСФСР 1964 г. данный запрет был распространен на предисловия, послесловия, комментарии и пояснения.

³ При рассмотрении спора *Moritz / Soc. anon. Editions Denoël* в 1987 г. французский суд сделал вывод, что, независимо от «нейтральности» предисловия, оно, тем не менее, влияет на восприятие книги и требует разрешения автора (см.: *Teilmann S. Op. cit.*, p. 128). Голландский суд признал, что снабжение книги иллюстрациями, неточно воспроизводящими характеристики главных героев, является нарушением права на неприкосновенность (см.: *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op. cit.*, p. 101).

Наибольшее значение соответствующий контекст, безусловно, имеет для произведений изобразительного искусства. При плохом освещении, неудачном выборе места и т.д. картина, скульптура и прочее будут выглядеть тусклыми, безжизненными или искаженными¹. Учитывая это, национальные законодательства, чаще всего, встают на защиту интересов художника или скульптора и запрещают соответствующие действия. Так, согласно ст. 195 АК Закона об авторском праве Австралии не допускается «публичный показ произведения (изобразительного искусства), способный нанести ущерб чести и репутации автора, в связи со способом или местом показа». Схожее положение установлено в ст. 106А(с)(2) Титула 17 Кодекса США² и выработано судебной практикой других государств³.

Однако произведениями изобразительного искусства все дело не ограничивается. К примеру, включение песни в неподходящий сборник может также противоречить эстетической концепции автора. В этих условиях некоторые государства распространяют запрет на соответствующую контекстуализацию других произведений⁴.

Контекстуализация создается далее при использовании произведения в противоречии с назначением, задуманным автором. Это происходит в случае избрания песни, фотографии и т.д. для рекламных, политических и других целей. Так, например, широкий общественный резонанс в 2005 г. вызва-

¹ Достаточно детально этот вопрос освещается в работе: Newhouse V. Art and the Power of Placement. - New York: Monacelli Press, 2005, p. 40 а.о.

² В соответствии со ст. 106А(с)(2) Титула 17 Кодекса США искажение авторского замысла, вызванное публичным представлением произведения изобразительного искусства, включая его освещение и помещение в определенном месте, является нарушением права на неприкосновенность, если это искажение произошло по грубой неосторожности.

³ В судебной практике признавалось нарушением права на неприкосновенность: **недостаточно низкое (выше 90 см. от пола) расположение картины на стене (Голландия)** (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op.cit., p. 101), **воспроизведение комиксов одного жанра среди комиксов другого жанра (Франция)** (см. решение Апелляционного суда Парижа от 14 марта 2007 г. по делу Moulinsart, Fanny R. / Neret-Minet., доступно по адресу: http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1926# (просмотрено 18 января 2007 г.)), **размещение на скульптурной композиции рождественских украшений (Канада)** (см.: решение Верховного Суда Справедливости Онтарио по делу Snow v. The Eaton Centre Ltd. 1982 г., обсуждается в: [http://en.wikipedia.org/wiki/Snow v. The Eaton Centre Ltd. #](http://en.wikipedia.org/wiki/Snow_v._The_Eaton_Centre_Ltd._#) (просмотрено 18 января 2007 г.)).

⁴ Так, в 2006 г. Кассационный суд Франции признал нарушением права на неприкосновенность использование произведения в составе сборника (см. решение Социальной палаты Кассационного суда Франции от 21 февраля 2006 г. по делу Ferrat, доступно по адресу: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/chambre_sociale_576/arrets_577/br_arret_962.html. (просмотрено 8 февраля 2007 г.)).

ло использование песни Rolling Stones «Angie» в ходе предвыборной кампании Ангелы Меркель¹.

При такой контекстуализации произведение помещается в чуждую для него среду, что, чаще всего, приводит к искажению авторского замысла. Это обуславливает запрет на соответствующие действия во многих национальных законодательствах.

Данный запрет прямо выражен в п. 1 ст. 28.2 Закона об авторском праве Канады, который относит к нарушению права на неприкосновенность «использование произведения в связи с продуктом, услугой, событием или институтом». Во Франции за автором признается особое право определять назначение своего произведения², которое препятствует свободному использованию песни в рекламных целях³, свободному распространению фотографии в ходе предвыборной агитации⁴ и т.д. Рассматриваемая контекстуализация запрещена и в других государствах⁵.

В равной степени контекстуализация создается при *использовании произведения для смешанных целей*. Наглядным примером этому является прерывание художественного фильма рекламой.

В национальных законодательствах, чаще всего, допускается распространение рекламы при трансляции теле- и ра-

¹ См.: Mayer C. "Angie" Rocks The Vote. // Time, 2005, August 21. // <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,901050829-1096436,00.html> (просмотрено 18 января 2007 г.).

² См., например: Malphettes A. Le karaoke a l'épreuve de la propriété intellectuelle: Diplôme d'études supérieures spécialisées de droit du multimedia et de l'informatique. - Paris: Université pantheon-assis paris II, 2003-2004, p. 31-32 (доступно к скачиванию по адресу: http://www.m2-dmi.com/spip/IMG/pdf/Agathe_MALPHETTES_Le_karaoke_a_l_epreuve_de_la_propriete_intellectuelle.pdf (просмотрено 20 января 2008 г.)).

³ В 2006 г. Кассационный Суд Франции пришел к выводу о том, что использование песни для музыкального сопровождения рекламного ролика является нарушением права на неприкосновенность произведения (см. решение Первой палаты по гражданским делам Кассационного Суда Франции от 5 декабря 2006 г. по делу Barbelivien, доступно по адресу: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007515397&dateTexte=#> (просмотрено 20 января 2008 г.)).

⁴ См. решение Первой секции Третьей палаты Трибунала высокой инстанции Парижа от 18 февраля 2004 г. по делу Joel S., Saif / Le Front National, Marine Le Pen, Association de Financement Electorale de Marine Le Pen Régionales 2004, доступно по адресу: http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1333 (просмотрено 20 января 2008 г.)).

⁵ Признавалось, в частности, нарушением **установка скульптуры на могиле воинов (СССР)** (см.: Обзор правовой работы ВААП за 1983 г. - М., 1984. С. 23-24. Приводится по: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. Изд. 2-ое, переработанное и дополненное. - М.: ПБЮЛ Гриженко Е.М., 2000, с. 211), **использование карикатуры в политической программе (Голландия)** (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op. cit., p. 101), **использование произведения в рекламных целях (Австрия, Италия)** (см.: Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op. cit., p. 8, 83).

диопрограмм. Но при этом в интересах авторов установлены некоторые ограничительные меры.

Эти меры направлены, прежде всего, на сохранение целостности восприятия произведения. В этой связи п. 1 ст. 14 Федерального закона Российской Федерации «О рекламе» предусматривает: «Прерывание телепрограммы или телепередачи рекламой... должно предваряться сообщением о последующей трансляции рекламы...». Еще более строгое указание содержит п. 1 ст. 10 Директивы Совета ЕС от 3 октября 1989 г. о координации некоторых положений, установленных законами, правилами и административными мерами государств-членов в отношении осуществления деятельности по телевизионному вещанию (Далее - Директива ЕС от 3 октября 1989 г.): «Телевизионная реклама и телемагазин должны быть легко распознаваемы в качестве таковых и отделяться от других частей программы с помощью оптических и / или акустических средств»¹.

Кроме этого, определяется частота помещения рекламы в передачи, ее продолжительность и т.д. Так, например, в соответствии с п. 3 и п. 10 ст. 14 Федерального закона Российской Федерации «О рекламе» «общая продолжительность распространяемой в телепрограмме рекламы... не может превышать пятнадцать процентов времени вещания в течение часа». Согласно п. 1 ст. 11 Правил телевизионного вещания Канады в каждом часе вещания под рекламные материалы может быть выделено не более 15 минут². В силу п. 3 ст. 11 Директивы ЕС от 3 октября 1989 г. аудиовизуальные произведения, трансляция которых превышает 45 минут, могут прерываться рекламой не чаще одного раза в течение 45 минут.

Но какими бы ни были конкретные правила распространения рекламы, они не в состоянии охватить все возможные случаи нарушения интересов автора. В этой связи представляется совершенно справедливым общее указание п. 1 ст. 11 Директивы ЕС от 3 октября 1989 г., требующее от телевизионных компаний помещать рекламу «таким образом, чтобы не причинялся вред неприкосновенности и ценности программы». Это указание позволяет учитывать специфические обстоятельства дела, что наглядно демонстрирует следующий пример из судебной практики Швеции.

¹ Текст Директивы доступен к скачиванию по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/consleg/1989/L/01989L0552-19970730-en.pdf> (просмотрено 20 января 2008 г.).

² В редакции от 20 августа 2007 г. См. текст ст. 11: <http://canadagazette.gc.ca/partII/2007/20070905/html/sor195-e.html#REFa> (просмотрено 20 января 2008 г.).

В ходе телевизионной трансляции художественного фильма он неоднократно прерывался рекламными сообщениями. Это послужило основанием для обращения режиссеров фильма в суд с иском о защите права на неприкосновенность. В судебном заседании ответчик, возражая против иска, сослался на действие закона, принятого во исполнение Директивы ЕС от 3 октября 1989 г., который разрешает распространение рекламы в телепередачах. Однако суд отклонил это возражение, приняв во внимание то, что реклама окружала художественный замысел чуждой ему обстановкой, в одном случае был утрачен задуманный авторами драматический эффект от смены сцен¹.

Наконец, определенный контекст для произведения могут создавать *физические свойства материального носителя*, на котором оно выражается. Использование дешевых сортов бумаги значительно снижает эстетическое впечатление о фотоальбоме. То же самое можно сказать о применении пластикового конверта в качестве упаковки для коллекционного издания DVD. Учитывая это, суды в соответствующих случаях выносят решения о защите права на неприкосновенность. Достаточно показательным здесь является решение по делу Ste Edita et Ste Le comptoir du livre / Jean Fondin et Jaques Remise 1994 г.

При рассмотрении этого дела было установлено, что в 1990 г. без разрешения авторов было выпущено новое издание их работы. В новом издании применялся офсетный способ печати, а не сложная техника гелиографюры предыдущего издания. В результате, как отметил Апелляционный суд Франции, книги приобрели «менее роскошный вид». Принимая во внимание это обстоятельство, суд признал нарушенным право авторов на неприкосновенность, и удовлетворил их требование о компенсации².

Однако нарушение права на неприкосновенность произведения может заключаться не только в создании контекста, но и в **деконтекстуализации**, то есть в обособлении произведения от контекста, задуманного автором. Примером этому может служить демонтаж и вывоз скульптуры из определенного места.

¹ Решение Апелляционного Суда Швеции от 20 декабря 2004 г. (доступно в переводе на английский язык по адресу: <http://www.klys.se/hovrattsdomen-engelsk-oversattning.htm> (просмотрено 20 января 2008 г.)).

² См.: Teilmann S. Op. cit., p. 129-130.

Национальные законодательства существенно расходятся в юридической квалификации данного вида вмешательства.

Во Франции деконтекстуализация признается нарушением права на неприкосновенность. Так, в решении по делу *Scrive* было указано, что демонтаж фонтана, произведенный собственником без согласия автора, является нарушением морального права и обязывает к возмещению убытков¹. Таковую же позицию занимают судебные органы Португалии².

В Канаде, напротив, деконтекстуализация не рассматривается как противоправное действие. Об этом прямо говорит п. 3 ст. 28.2 Закона об авторском праве: «...Изменение местонахождения произведения... само по себе не является извращением, сокращением, повреждением или другим изменением произведения». По тому же пути идет законодательство Великобритании³.

На фоне этих крайних позиций заметно выделяется попытка австралийского законодателя согласовать интересы собственника и автора. Гарантируя собственнику беспрепятственную возможность перемещать материальный объект, он в то же время предоставляет автору возможность давать рекомендации по этому поводу⁴.

III. Выводы и предложения

В результате проведенного исследования автор пришел к следующим выводам:

1. Необходимо проводить различие между аутентичными текстами Бернской конвенции и его официальными текстами. Аутентичные тексты выражаются на французском и английском языках. Официальные тексты вырабатываются на других языках.

2. Существуют терминологические расхождения между официальным русским и аутентичными текстами п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции при определении права на неприкос-

¹ См., например: Дюма Р. Указ. соч. С. 207.

² Показательным в этой связи является решение по делу *C. Fausto Bordalo Gomes Dias c. Moviplay Portuguesa, S.A.* 1999 г. При рассмотрении этого дела было установлено, что автор выпустил несколько музыкальных альбомов. Каждый альбом посвящался определенной теме. Ответчик использовал песни из этих альбомов для создания сборника. Суд признал это нарушением, поскольку песни были вырваны из задуманного автором контекста (см.: *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology. Op.cit.*, p. 122).

³ См., например: *Wotherspoon K. Copyright Issues Facing Galleries and Museums. // European Intellectual Property Review, 2003, January, p. 35.*

⁴ См. ст. 195АТ Закона об авторском праве Австралии.

новенность произведения. Слова «искажение» и «посягательство», употребленные в официальном русском тексте, недостаточно точно передают значение слов «mutilation», «atteinte» и «derogatory action» использованных в аутентичных текстах.

3. Сущность права на неприкосновенность произведения заключается в установлении запрета на совершение определенных действий со стороны обязанных лиц.

4. Запрет распространяется на вмешательство в произведение, способное нанести ему вред.

5. К вмешательству в произведение относится изменение, контекстуализация и деконтекстуализация.

На основании этих выводов предлагается:

1. Переформулировать определение права на неприкосновенность произведения, данное в п. 1 ст. 6 bis официального русского текста Бернской конвенции, следующим образом: «Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право... противодействовать всякому извращению, сокращению, повреждению или иному изменению этого произведения, а также любому другому причинению вреда произведению, которое порочит честь или репутацию автора».

2. Использовать понятия «контекстуализация» и «деконтекстуализация» при анализе отдельных случаев вмешательства в произведение, не относящихся к изменениям.

3. Усилить защиту неимущественных интересов авторов в российском праве, предусмотрев в Федеральном законе Российской Федерации «О рекламе» общую обязанность рекламодателей помещать рекламу в радио- и телепрограммах таким образом, чтобы не причинялся вред неприкосновенности произведения.

СПЕЦИАЛЬНЫЕ ЗНАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

*Ломакина Е.В. -
к.ю.н., старший преподаватель кафедры
гражданского права и процесса*

Современный период развития законодательства характеризуется все возрастающей дифференциацией, влекущей усложнение фактического состава гражданских дел, «внедрение»

в материально-правовые юридические факты элементов специальных знаний. Поэтому, прежде всего, необходимо определиться с понятием «специальных знаний» в процессуальной науке и в гражданском процессуальном законодательстве. Следует отметить, что в науке гражданского процессуального права это понятие развито не так сильно, как в уголовном процессе.

Применительно к гражданскому процессу, согласно мнению Т.В. Сахновой, «специальные знания - это всегда научные знания неправового характера, сопровождаемые адекватными (признанными) прикладными методиками, используемые для достижения определенных юридических целей»¹. В.И. Шиканов утверждает, что термин «специальные знания» применяется для обозначения любой возможной совокупности знания (практического опыта, навыков) без учета познаний общеизвестных (то есть входящих в общеобразовательную подготовку граждан) и познаний в области права². Далее автор поясняет, что в «зависимости от конкретных обстоятельств дела специальные знания... могут относиться к самым различным отраслям естественных и технических наук, различным видам искусств и ремесла»³.

Г.Е. Морозов под специальными знаниями понимает знания, которыми обладает лицо в какой-то определенной области химии или биологии, математики или физики, естествознания или энергетики, педагогики или лингвистики⁴, то есть указывает конкретные области науки, возможные для применения. Это представляется нам недопустимым, поскольку подобное определение специальных знаний сужает сферу их использования и в результате ограничивает судью и стороны в выборе специалистов и не допускает использование знаний, например, в области информатики.

По мнению Г.Г. Зуйкова, специальные знания - «прежде всего основанные на теории и закрепленные практикой глубокие и разносторонние знания приемов и средств криминалистической техники, обеспечивающие обнаружение, фиксацию и исследование доказательств. К специальным знани-

¹ Сахнова Т.В. Судебная экспертиза [Текст]. - М.: Городец, 1999. С. 8.

² Шиканов В.И. Использование специальных познаний при расследовании убийств: учебное пособие. [Текст]. - Иркутск, 1976. С. 4.

³ Шиканов В.И. Актуальные вопросы уголовного судопроизводства и криминалистики в условиях современного научно-технического прогресса. [Текст]. - Иркутск, 1978. С. 5.

⁴ Морозов Г.Е. Участие специалистов в стадии предварительного расследования: автореф. дис. канд. юр. наук. [Текст]. - Саратов, 1977. С. 3.

ям в том же смысле относят знания в судебной медицине, судебной химии, физике, пожарном деле, автоделе, а также любые иные познания (педагогические, лингвистические, математические и др.), использование которых необходимо для полного, всестороннего и объективного расследования преступления»¹.

Из данной трактовки следует, что все специальные знания, применяемые в судопроизводстве, основаны на знаниях криминалистической техники. Представляется, что данное утверждение не соответствует действительности. Как известно, специальные знания складываются из знаний, умений и навыков, которые используются во всех сферах человеческой деятельности. Специальные знания, используемые в гражданском судопроизводстве, в том числе и криминалистические знания, составляют лишь их малую часть. Таким образом, не все носители специальных знаний имеют отношение к гражданскому судопроизводству и тем более не являются достаточно компетентными в обнаружении, закреплении доказательств.

Удачным, с точки зрения близости к формулировке в гражданском процессуальном законе, нам представляется определение специальных знаний, данное Е.И. Зуевым, считавшим, что это любые знания в науке, технике, искусстве или ремесле, применяемые для разрешения вопросов, возникающих при осуществлении правосудия².

Очень близко по содержанию определили специальные знания Р.С. Белкин, который к ним относит профессиональные знания и умения в области науки, техники, искусства или ремесла, необходимые для решения вопросов, возникающих при расследовании в суде конкретных дел³, а также Е.Р. Россинская, которая под этим термином понимает систему теоретических знаний и практических навыков в области конкретной науки либо техники, искусства или ремесла, приобретаемых путем прохождения специальной подготовки или обретения профессионального опыта и используемых для решения вопросов, возникающих в процессе уголовного судопроизводства.⁴ Причем к специальным не относятся об-

¹ Зуйков Г.Г. Общие вопросы использования специальных познаний в процессе предварительного расследования [Текст]. // Криминалистическая экспертиза. - М., 1966. Вып. I. С. 113-114.

² Зуев Е.Н. Непроцессуальная помощь сотрудника криминалистического подразделения следователю. [Текст]. - М., 1975. С. 89.

³ Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. [Текст]. - М., 1997. С. 217.

⁴ Россинская Е.Р. Специальные познания и современные проблемы их использования в судопроизводстве [Текст]. - // Журнал российского права. 2001. №5. С. 23.

щеизвестные, а также юридические знания¹. Кстати, в литературе часто можно встретить мнение о том, что юридические знания (в том числе правовые) не относятся к специальным².

Кроме того, А.А. Эйсман также в качестве одного из критериев выделения специальных знаний указывал, что специальные знания - это «знания не общеизвестные, не общедоступные, не имеющие массового распространения; то есть это знания, которыми располагает ограниченный круг специалистов, причем, очевидно, что глубокие знания в области, например, физики, являются в указанном смысле специальными для биолога, и наоборот»³.

Е.В. Селина также дает подобное определение: «Специальные знания - это знания не общеизвестные, не общедоступные, выходящие за рамки общеобразовательной подготовки и житейского опыта»⁴. Эти определения не содержат указания на необходимость теоретической и практической подготовки лиц, обладающих такими знаниями, что представляется нам немаловажным. Следует также отметить, что не назван в формулировке и такой элемент специальных знаний, как наличие навыков в их применении, хотя в работах других авторов он встречается⁵.

Навыки - это усвоенные, неоднократно повторяющиеся сложные интеллектуальные действия, совершаемые быстро, экономично, правильно и при незначительном напряжении сознания: например, систематическое использование следователем фото- и киноаппаратуры способствует выработке у него сложных навыков применения научно-технических средств в расследовании преступлений⁶. Успешная деятельность специалиста, эксперта и иного сведущего лица во многом зависит от приобретенных навыков: распределения внимания, составления плана работы, правильной формулировки своих мыслей,

¹ См., напр.: Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. [Текст]. - М., 2000. С. 14.

² См., например: Эйсман А.А. Заключение эксперта: структура и обоснование. [Текст]. - М., 1967. С. 91; Кудрявцева А., Лившиц Ю. Доказательственное значение "правовых" экспертиз в уголовном процессе [Текст]. - // Российская юстиция. 2003. №1. С. 36.

³ Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. [Текст]. - М., 1967. С. 91.

⁴ Селина Е.В. Производство экспертизы по уголовным делам: лекция. [Текст]. - Краснодар, 1996. С. 8.

⁵ Арсеньев В.Д., Заблочкий В.Г. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. [Текст]. - Красноярск: Изд. Красноярского университета, 1986. С. 7.

⁶ Сорокотягин И.Н. Специальные познания в расследовании преступлений. / Отв. ред. Л.Я. Драпкин. [Текст]. - Р/ндону, 1984. С. 6.

культуры и техники речи, ориентации во времени и пространстве. Навыки тесно связаны с умениями, которые складываются из приобретенных ранее знаний и опыта. В основе их лежат сложные процессы самостоятельного мышления, дающие возможность специалисту, эксперту и иному сведущему лицу творчески подходить к решению задач гражданского судопроизводства.

Тем не менее, нам представляется, что при определении понятия специальных знаний нет необходимости отдельно выделять навыки и умения, поскольку в основном все ученые сходятся на той точке зрения, что навыки и умения являются либо составляющими элементами знаний¹, либо их внешним проявлением².

Нельзя не отметить сохранившуюся до сих пор неопределенность в использовании терминов «специальные знания» и «специальные познания». Хотя в статьях Гражданского процессуального кодекса РФ используется первый термин, все же некоторые ученые используют второй³.

Это вопрос, в котором следует разобраться. На наш взгляд, «познание» и «знание» - явления близкие, взаимосвязанные и взаимообусловленные, но не тождественные. Т.В. Сахновой, И.Н. Сорокотягиным, Е.В. Селиной и другими употребляется термин именно «специальные познания»⁴, поскольку, по мнению ученых, кроме собственно знаний, включают в себя еще и навыки и умения. И с этим трудно не согласиться хотя бы с точки зрения логики. Кроме того, обратимся к «Толковому словарю русского языка» (под ред. С.И. Ожегова, Н.Ю. Шведовой). Под знанием понимается совокупность сведений в какой-нибудь области. В то время как под познанием понимается совокупность знаний в какой-нибудь области⁵. Таким образом, термин «познание» шире по смыслу.

Однако какова же разница между данными понятиями и какое из них наиболее подходит для характеристики судебной

¹ Сорокотягин И.Н. Специальные познания в расследовании преступлений. / Отв. ред. Л.Я. Драпкин. [Текст]. - Р/нДону, 1984. С. 6.

² Трапезникова И.И. Специальные знания в уголовном процессе России (понятие, признаки, структура): автореф. дис. ... канд. юрид. наук [Текст]. - Челябинск, 2004. С. 5.

³ Сахнова Т. Доказательственное значение специальных познаний [Текст]. - // ЭЖ-Юрист. 2004. С. 21.

⁴ Сорокотягин И.Н. Специальные познания в расследовании преступлений. / Отв. ред. Л.Я. Драпкин. [Текст]. - Р/нДону, 1984. С. 5.

⁵ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. / Российская академия наук им. В.В. Виноградова. [Текст]. - М.: Азбуковник, 1999. С. 231, 548.

экспертизы и знаний специалиста и другого сведущего лица? На наш взгляд, в данной ситуации предпочтительней употребление термина «знание», т.к. слово «познание» производно от него.

Тем не менее, и в философии, и в криминалистике предпринимались попытки разграничения данных терминов. С философской точки зрения, «знание» есть «продукт общественной и духовной деятельности людей, идеальное выражение в знаковой форме объективных свойств и связей мира», а «познание» - это «процесс творческой деятельности людей, формирующий их»¹. Однако любое научное значение того или иного термина должно основываться на его лингвистическом значении. Исходя из этого, определения, содержащиеся в философском словаре, гораздо ближе значению исследуемых слов, нежели определения, предложенные вышеназванными авторами.

Отсутствие ясных критериев разграничения понятий «специальные знания» и «специальные познания» вызывает дискуссии и среди ученых. Анализируя в тексте работы те или иные высказывания ученых, мы убедились в этом. В.Д. Арсеньев и В.Г. Заблоцкий специально разделяют их, указывая, что специальные знания - это система сведений, полученных в результате научной и практической деятельности в определенных отраслях (медицине, бухгалтерии, автотехнике), зафиксированных в научной литературе, методических пособиях, наставлениях, инструкциях и т.п. Специальные же познания - это знания, полученные соответствующими лицами в результате теоретического и практического обучения определенному виду деятельности, при котором они приобрели также необходимые навыки ее осуществления².

Специальные познания, как пишет А.В. Гусев, «...являются неотделимым качеством конкретной личности, а «специальные знания» - это продукт систематизации и обобщения совокупных умений и навыков определенного вида деятельности...»³. Познание рассматривается как получение истинного представления о чем-либо, приобретение знаний⁴. Таким обра-

¹ Философский словарь. [Текст]. - М., 1994. С. 150-151, 368.

² Арсеньев В.Д., Заблоцкий В.Г. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. [Текст]. - Красноярск, 1986. С. 4.

³ Гусев А.В. Уголовно-процессуальные и криминалистические проблемы использования специальных познаний в ходе предварительного расследования: дис. ... канд. юрид. наук. [Текст]. - Волгоград, 2002. С. 23.

⁴ Теория доказательств в советском уголовном процессе. / Под ред. Н.В. Жогина. [Текст]. - М., 1973. С. 287.

зом, можно сделать вывод о том, что знание - понятие более широкое, чем познание. Знание имеет объективную природу и не связано непосредственно с конкретным носителем. По существу, это объем накопленных сведений о фактах действительности или статическое знание.

В то же время уже отмечалось, что знание не считается больше отражением того, что было дано человеку извне. Это индивидуальная конструкция, которой человек придает смысл, соотнося элементы знаний и опыта с некоторой организующей схемой. Познание - это способ применения знаний конкретной личности для решения стоящих перед ней (как исследователем) задач. По существу, это знание в действии, если исходить из статического понимания знания.

Следовательно, данные понятия можно рассматривать в их взаимной связи как содержание (знание о чем-либо) и форму (приобретение знания путем познания действительности), процесс (познание) и результат (получение знания). Например, эксперт осуществляет познание, то есть на основе имеющихся личных профессиональных знаний и приобретенных навыков проводит исследование с целью получения нового доказательства. Специалист не проводит исследования, он сообщает известные ему факты.

Что же требуется суду: навыки конкретного лица, процесс познания действительности на основе имеющихся знаний сведущего лица, знание как таковое о явлении, процессе, существующее в социуме, окружающем мире на данный момент? С одной стороны, суду требуются не знания конкретного лица или его навыки, а знание общества, цивилизации об искомом, исследуемом явлении, так как знания отдельных субъектов разнятся друг от друга довольно весомо. Однако непосредственное получение судом знания цивилизации по определенному вопросу невозможно.

Нам представляется целесообразным и обоснованным использование термина «знания», но с существенным добавлением, определяющим специфику именно судебной деятельности, - «специальные знания». Здесь мы придерживаемся мнения ряда ученых¹. Таким образом, «специальность» проявляется, с одной стороны, через процессуальную форму и

¹ См., например: Трапезникова И.И. Специальные знания в уголовном процессе России (понятие, признаки, структура): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. [Текст]. - Челябинск, 2004. С. 9; Махов В.Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений [Текст]. - М., 2000. - С. 18.

регламентированную законом процедуру, с другой - через обладание конкретным субъектом необходимыми (дополнительными) знаниями и навыками, находящимися за пределами обыденных или просто профессиональных знаний. Например, врач и врач-эксперт - это лица, обладающие медицинскими знаниями и имеющие определенные навыки. Однако врач, в отличие от врача-эксперта, не обладает знаниями и навыками, необходимыми и достаточными для самостоятельного производства экспертизы; врачу необходима дополнительная подготовка и (или) соответствующая практика под чьим-либо руководством¹.

Подводя итог изложенному, необходимо заявить о принципиальной позиции по поводу толкования термина «специальные знания». Поэтому представляется целесообразным использование в законодательных актах одного термина «специальные знания».

Итак, специальные знания - это система (совокупность) знаний, полученных на основе проведенной научной и практической деятельности специалиста, используемых им в установленном законом порядке для разрешения вопросов, возникающих в ходе гражданского судопроизводства. При этом понятие специалист используется в широком смысле слова. Под ним понимается: эксперт, специалист, переводчик и т.д. И исходя из данного определения, специальные познания - это способ получения знания соответствующими лицами в результате теоретического и практического обучения определенному виду деятельности, во время которого они получили необходимый опыт для ее осуществления.

Теперь следует обратиться к приведенным ранее определениям ученых, где отмечен важнейший признак специальных знаний - они не являются общеизвестными. В то же время, как правильно подметила Е.Р. Россинская, «соотношение специальных и общеизвестных знаний по своей природе изменчиво, зависит от уровня развития социума и степени интегрированности научных знаний в повседневную жизнь человека»².

¹ Жариков Н.М. Судебная психиатрия: учебник для вузов. / Н.М. Жариков, Г.В. Морозов, Д.Ф. Хритинин. / Под общей редакцией Г.В. Морочова. - М., 1997. С. 16.

² Россинская Е.Р. Специальные познания и современные проблемы их использования в судопроизводстве [Текст]. - // Журнал российского права. 2001. №5. С. 33-34.

В.П. Тугаринов дает пояснения: «Под обыденным сознанием понимается такое, которое направлено на круг явлений, не обязательно требующих для своего фактического использования научного подхода, и основано на житейско-эмпирических знаниях и навыках, добытых вненаучным путем»¹.

Знания, применяемые судьей при рассмотрении и разрешении гражданских дел, иных субъектов, условно можно разделить на две составляющие: обыденные знания и профессиональные знания.

Общая информатизация, которую сейчас переживают многие страны, в том числе и Россия, безусловно, сильно влияет на критерии, определяющие общедоступность, обыденность знаний. Как совершенно верно задается вопросом Е.Р. Россинская, «являются ли специальными или общеизвестными сведения, изложенные в предназначенных для широкого круга читателей энциклопедиях, справочниках, словарях, представленные в электронных средствах массовой информации, глобальной компьютерной сети Internet?»². Отнесение знаний к общеизвестным, обыденным, общедоступным существенным образом зависит от образовательного и интеллектуального уровня конкретного человека, его жизненного и профессионального опыта. Значит, очевидно, что в каждом отдельном случае необходимо проанализировать характер требуемых знаний и решить вопрос, могут ли они считаться специальными.

Для отграничения специальных знаний недостаточно указания на то, что они не относятся к числу общеизвестных, общедоступных, имеющих массовое распространение, к числу специальных могут быть отнесены знания в зависимости от того, располагают и могут ли располагать ими не только прокурор, судья, но также стороны. Такой субъективный критерий определения специальных знаний позволяет отнести к этой категории любые знания, даже потерявшие со временем черты узко профессиональных в науке, технике, искусстве, если участники судебного действия или присутствующие в зале суда не будут ими располагать по объективным или субъективным причинам.

Д.А. Керимов приходит к выводу о целесообразности в структуре правового сознания вычленять три уровня: «Обы-

¹ Тугаринов В.П. Философия сознания. [Текст]. - М., 1971. С. 135.

² Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. [Текст]. - М.: Норма, 2005. С. 9.

денное, непосредственное (эмоциональное), отражающее правовые отношения людей в повседневной жизни; практическое, основанное на опыте правового строительства; научное, связанное с исследованием того круга явлений, познание которых необходимо для решения правовых проблем»¹.

Таким образом, представляется возможным с определенной долей условности выделить три уровня знания в социуме: обыденные знания; практические (профессиональные) знания; научные (теоретические) знания.

Рассмотрим эти уровни в предложенной последовательности.

Так, обыденные знания необходимы для осуществления целого ряда функций жизнедеятельности человека. Они приобретаются и совершенствуются в течение всей жизни индивида и помогают ему более эффективно взаимодействовать с окружающей средой. Предполагается, что каждый человек, достигший совершеннолетия и не имеющий существенных дефектов здоровья, обладает необходимым минимумом обыденных знаний и опыта, позволяющим ему выполнять ту или иную социальную функцию, вести себя соответствующим образом.

Что касается профессиональных знаний, то формируются они путем целенаправленной подготовки лица к определенному роду деятельности. Они незаменимы. Без их овладения невозможно надлежащее осуществление профессиональной деятельности. Данные знания условно можно именовать специальными. Речь идет о знании, которое рождается, эволюционирует и умирает, отрицаемое новым знанием, то есть знание динамично. С одной стороны, мы опираемся на знания, созданные кем-то, с другой стороны, знание - это «состояние понимания», присущее сознанию конкретного человека. От того, какой смысл вкладывается в термин «специальные знания», зависит субъектный состав привлекаемых в гражданский процесс участников. Ведь специальными знаниями могут обладать судья, истец, ответчик, прокурор, эксперт и другие лица, участвующие в процессе по конкретному делу.

Например, возникает вопрос, одинаково ли грамотны в отношении родного языка те или иные социальные группы? Безусловно, нет, хотя большинство изучает правила этого

¹ Керимов Д.А. Советское государство и право. - М., 1975. С. 42.

языка. Что же в таком случае можно сказать в отношении иных знаний, с которыми большинство вообще не знакомо? Так, Т. Губаева, М. Муратов и Б. Пантелеев пишут: «Оценка текста, ставшего предметом спорных отношений, обычно дается по собственному лексическому опыту судей и лишь изредка к участию в деле привлекаются эксперты. Более того, во многих случаях ходатайства сторон о назначении экспертизы отклоняются судом на том основании, что для правильного разрешения дела вполне достаточно, мол, познаний любого грамотного человека, способного прочитать текст и уяснить его содержание. В любом случае такая практика представляется ошибочной. Хотя «даром речи» от природы обладают все люди, отнюдь не каждый носитель языка, а только компетентный эксперт с помощью известных филологической науке критериев определит, каким образом содержание высказывания соотносится с действительностью, какие слова и выражения содержат экспрессивный компонент, принадлежат к нормативному или ненормативному лексикону»¹.

З.М. Соколовский, однако, отмечает, что попытка определить специальные знания путем их противопоставления общежитейским, общеизвестным неудачна². По его мнению, в зависимости от обстоятельств дела квалификации лиц и иных факторов одни и те же знания могут быть отнесены либо к специальным, либо к общеизвестным.

Ю.К. Орлов полагает, что специальными знаниями являются такие знания, которые выходят за рамки общеобразовательной подготовки и житейского опыта, которыми обладает более или менее узкий круг лиц³. Аналогичных взглядов в отношении гражданского и арбитражного процесса придерживается и М.К. Треушников. Он утверждает, что под специальными знаниями в гражданском и арбитражном процессе понимаются такие знания, которые находятся за пределами правовых знаний, широко известных обобщений, вытекающих из опыта людей⁴.

¹ Губаева Т., Муратов М., Пантелеев Б. Экспертиза по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации. / Т. Губаева, М. Муратов, Б. Пантелеев [Текст]. // Российская юстиция. 2002. №4. С. 24.

² Соколовский З.М. Проблема использования в уголовном судопроизводстве специальных знаний для установления причинной связи явлений: дис. ... д-ра юрид. наук. [Текст]. - Харьков, 1968. С. 117.

³ Орлов Ю.К. Заключение эксперта и его оценка (по уголовным делам). [Текст]. - М.: Юристъ, 1995. С. 6-7.

⁴ Треушников М.К. Судебные доказательства [Текст]. - М.: Городец, 1997. С. 269.

Как справедливо, по нашему мнению, замечает Т.В. Сахнова, проблема разграничения обыденного и специального знания применительно к гражданскому и арбитражному процессу есть проблема определения критериев потребности в специальных знаниях. Т.В. Сахнова формулирует ряд объективных предпосылок использования специальных знаний, на которых строится это усмотрение:

- 1) норма права (материального или процессуального), содержащая специальные элементы в определенной форме;
- 2) уровень развития научных знаний, позволяющий использовать их для практических целей;
- 3) наличие объективной связи между способом применения научных знаний и юридической целью их использования¹.

Однако разработка вышеуказанных критериев определяет именно основания использования тех или иных знаний, но не дает определения понятия «общеизвестные знания», которое носит, по нашему мнению, субъективный оценочный характер, так же как и термин «общеобразовательная подготовка».

В этом смысле верным представляется утверждение Т.В. Сахновой о том, что «соотношение специальных и общеизвестных знаний по своей природе изменчиво, зависит от уровня развития общества и степени внедренности научных знаний в повседневную жизнь человека. Расширение и углубление знаний о каком-то явлении, процессе, предмете приводит к тому, что знания становятся более дифференцированными, системными, доступными все более широкому кругу лиц - сфера обыденных знаний пополняется»². Так, например, в конце 80-х годов на разрешение судебной экспертизы вполне мог быть поставлен вопрос, какое предназначение у клавиатуры или магнитного диска, входящих в комплект ЭВМ³. Сейчас этот вопрос решается на уровне общеизвестного знания.

Показателен в этом смысле пример, приведенный Е.Р. Россинской: «В конце 1980-х гг. на разрешение судебной экспертизы ... был поставлен вопрос о назначении плоского предмета прямоугольной формы, размером 90 × 94 мм, в центре которого располагался металлический диск диаметром 25 мм. С одного края на предмет была надета прямоуголь-

¹ Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. [Текст]. - М.: Городец, 1999. С. 8-9.

² Там же.

³ Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. [Текст]. - М.: Норма, 2005. С. 11.

ная металлическая подвижная пластина, при перемещении которой в сторону была видна прорезь, закрытая тонкой коричневой пленкой. Непросто в этом описании узнать магнитную дискету для персонального компьютера»¹. Сейчас этот вопрос решается на уровне общеизвестного знания.

Кроме того, надо заметить, что в настоящее время человеческое знание весьма интенсивно пополняется новыми данными, опережая опыт их применения, что влечет за собой определенные угрозы для общества.

Какой же критерий необходимо заложить в основу, чтобы определить, какие знания являются специальными в смысле гражданского процессуального закона?

Для отграничения специальных знаний можно выделить ряд признаков с той оговоркой, что два последних в большей части относятся к специальным знаниям эксперта.

1. Возможность неоднократного применения специальных знаний. Исключительная информация приобретает лишь потому, что свидетелем воспринимается информация, связанная с конкретным гражданским делом. Исключительная информация свидетеля может быть использована лишь при производстве по тому гражданскому делу, которое возбуждается.

Специальные знания могут применяться такое количество раз, какое будет необходимо для формирования достаточной доказательственной базы, и по тем гражданским делам, которые потребуют их применения.

2. Представление специальных знаний не в прямой, а в опосредованной форме. Свидетель представляет суду исключительную информацию, исходя из характера ее восприятия им самим. Причем он сообщает известные ему факты прошлых событий и не вправе при изложении обстоятельств дела менять их по своему усмотрению. Любое подобное изменение будет являться дачей ложных показаний. Значение свидетельских показаний состоит в том, что судья, выслушивая данные показания, получают возможность восстановить картину произошедших событий. Иными словами, информация, передаваемая свидетелем, должна точно отражать полученную им самим.

В то же время непосредственная передача своих знаний суду экспертом может не дать совершенно ничего полезного

¹ Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. [Текст]. - М.: Норма, 2005. С. 12.

для гражданского судопроизводства. Суду будет необходим лишь конечный результат проведенных с использованием данных знаний исследований.

Таким образом, экспертом представляются не сами «специальные знания», а лишь результат их применения для решения конкретной практической задачи. По меткому замечанию Л.Е. Владимирова, «заключение эксперта есть результат применения к отдельным явлениям общих начал науки или искусства»¹.

3. Суд не вправе подменять собой эксперта, считая себя достаточно компетентным в вопросе, требующем специального исследования. Любые возникшие сомнения или противоречия в результатах проведенных экспертиз должны устраняться на основании повторных и дополнительных экспертиз, недостаточно одних лишь выводов суда (ст. 87 ГПК РФ).

Обладание судьей необходимыми знаниями не дает дополнительных доказательств, находится за рамками уголовного процесса и не должно быть основанием результативной оценки в судебном решении имеющихся выводов экспертов и специалистов.

Таким образом, под специальными знаниями мы понимаем знания, которые могут быть использованы в различных стадиях гражданского процесса. В этом заключается отличие специальных знаний от единичных знаний свидетеля и иной ограниченной группы лиц.

Обобщая имеющиеся толкования специальных знаний в уголовном судопроизводстве всех исследователей и положений уголовно-процессуального законодательства, представляется возможным выделить следующие признаки, характеризующие специальные знания:

- эти знания не являются общеизвестными, общедоступными и единичными;
- приобретаются они в процессе теоретической и практической подготовки к конкретной деятельности;
- неоднократно применяются;
- представляются не в прямой, а в опосредованной форме;
- вовлекаются в процесс в установленном законом порядке при наличии у участников процесса потребности в такого рода знаниях;

¹ Владимирова Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. [Текст]. - СПб., 1910. С. 116.

- используются в предусмотренных гражданско-процессуальным законом формах;
- их использование связано с определенным уровнем образования и/или подготовкой, а также профессиональным или иным опытом;
- такие знания способствуют обеспечению вынесения законного и обоснованного акта суда как органа судебной власти.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ЦЕННЫХ БУМАГ В БЕЗДОКУМЕНТАРНОЙ ФОРМЕ

Марченко Т.В. -

старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса

Гражданский кодекс РФ в ст. 149 установил, что в случаях определенных законом или в установленном им порядке лицо, получившее специальную лицензию, может производить фиксацию прав, закрепляемых именной или ордерной ценной бумагой, в том числе в бездокументарной форме (с помощью средств электронно-вычислительной техники и т.п.). К такой форме фиксации прав применяются правила, установленные для ценных бумаг, если иное не вытекает из особенностей фиксации. Причем статья озаглавлена как «Бездокументарные ценные бумаги». То есть законодатель вводит две формулировки - это «бездокументарные ценные бумаги» и «бездокументарная форма фиксации прав». Какое обозначение следует признать наиболее удачным и какова правовая природа данных ценных бумаг?

Одной из первых на уровне законодательства «бездокументарные ценные бумаги» закрепила правовая система Франции, поскольку именно там Законом о финансах 1982 г. был предусмотрен принцип дематериализации ценных бумаг¹.

Используя понятие «бездокументарные ценные бумаги», законодатель, по мнению А.В. Майфата, заимствует свою позицию из американской правовой системы, где используются термины «доля», «участник», «интерес», «контракт», «инвестиции», объединяя их общим понятием «securities», которое «представляет собой совокупность имущественных прав, принадлежащих инвестору вне зависимости от формы,

¹ Жамен С., Лакур Л. Торговое право. - М., 1993. С. 117.

в которой это право зафиксировано (в документе, реестре или иным образом)»¹. Нормы о бездокументарных ценных бумагах (uncertificated security) содержатся в Единообразном торговом кодексе США уже с 1972 г.

В российском законодательстве конструкция ценных бумаг в форме «записей на счетах» была введена Положением о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР.

Но сам принцип и характер включения в круг ценных бумаг их бездокументарной формы оказались предметом споров и дискуссий. Кроме того, под сомнение ставилась «документарная» легальная дефиниция ценных бумаг. В российской цивилистике в настоящий момент обозначено два направления в понимании правовой природы ценных бумаг.

Сложилось две различных концепции: существования документарной и бездокументарной теорий. Одни авторы полагают, что только та ценная бумага признается таковой, которая представляет собой документ, не относя к ним бездокументарные ценные бумаги (документарная концепция). Ее сторонниками являются, например, Е.А. Суханов, Л.Р. Юлдашбаева, В.А. Белов. Другие же, например, В.К. Андреев, стремятся к единому пониманию ценной бумаги, развивая учение о «бестелесных» вещах (бездокументарная теория). Сторонники этой идеи предлагают понимать ценные бумаги как вещи, лишенные материального субстрата, как обязательственные права.

В период становления теории ценных бумаг большинство юристов сходилось на том, что не существует даже просто четких определений понятия ценных бумаг, не говоря уже об их единстве. Поэтому в своих трудах они предпочитали указывать существенные признаки ценных бумаг, а не давать их точное определение. (Г.Ф. Шершеневич, Н.О. Нерсесов, В.М. Гордон). По утверждению большинства исследователей признаки ценных бумаг были выявлены германскими коммерциалистами в конце XIX - начале XX века, а свое начало теория ценных бумаг ведет от работы Г. Бруннера, опубликованной в 1882 г. («Воплощение субъективного права и необходимость презентации») ². Определение ценной бумаги, данное Jacobi, содержало всего три признака - документарность, удостове-

¹ Майфат А.В. Ценные бумаги. Сравнительный анализ понятий в правовых системах России и США. // Государство и право. 1997. №1.

² Brunner H. Die Wertpapiere. // Handbuch des gesamten Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. Leipzig, 1882. Bd. II.

рение имущественных прав, необходимость предъявления для реализации права на бумагу и права из бумаги. Также признаки ценных бумаг исследовали Н.О. Lehmann; Н. Dernburg; С. Crome; М.М. Агарков, Е.А. Крашенинников и другие¹.

Из определения ценной бумаги в п. 1 ст. 142 ГК РФ можно вывести следующие признаки ценных бумаг:

- 1) документарность;
- 2) формализм;
- 3) удостоверение имущественных прав;
- 4) необходимость предъявления документа для реализации «права на бумагу» и «права из бумаги» (презентация).

Кроме того, ст. 143 ГК РФ определяет виды ценных бумаг и относит к числу ценных бумаг другие документы, которые законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке отнесены к числу ценных бумаг, поэтому можно добавить признаки:

- 5) легальные основания отнесения документа к числу ценных бумаг;
- 6) публичная достоверность.

Спор цивилистов относительно разграничения «документарных» и «бездокументарных» ценных бумаг сводится, в основном, к различному пониманию (толкованию) документарности.

Одним из важнейших проявлений человеческого поведения является коммуникация, то есть общение с другими людьми посредством определенных знаков или символов. Информацию об окружающем мире человек передавал с помощью простейших средств зрительной, слуховой, осязательной коммуникации. Возникновение осмысленной речи и языка ознаменовало, по мнению ряда ученых, появление первой информационной технологии в истории человеческого общества.

Отделение информации от субъекта и первые попытки ее закрепления были связаны с применением сигнализации. Для передачи информации в пространстве использовалась сигнализация дымом, огнем костров, звуками труб, барабанным боем, определенным образом положенными ветвью или стрелой и т.п. Использовались также предметы, которым придавалось символическое значение.

¹ Lehmann Н.О. Zur Theorie der Wertpapiere. Marburg, 1890; Dernburg Н. Das burgerliche Recht des Deutschen Reichs und preussens. Halle, 1899. Bd. II Abt. 1.; Crome С. System des Deutschen Burgerlichen Rechts. / Tubingen und Leihzig. 1900. Bd. I.; Крашенинников Е.А. Ценные бумаги на предъявителя. - Ярославль, 1995.

На смену ей пришла условная сигнализация, в которой предметы использовались как условные знаки по предварительной договоренности людей о том, что будет означать определенный предмет.

Появление письменности ознаменовало переход человечества к новой информационной технологии. С помощью графических знаковых систем стало возможным отделить информацию от субъекта и зафиксировать ее на каком-либо материале с целью последующей передачи во времени и пространстве. В результате появилась документированная информация, то есть документ.

Информация, зафиксированная на материальном носителе, выполняла в древности роль свидетельства, доказательства. Именно на эту важнейшую функцию документа первоначально обращалось основное внимание. Латинское слово «documentum» произошло от «docere» - «учу» или «извещаю» и означало - «свидетельство», «доказательство». Важно заметить, что термин «документ» более старый, нежели термин «информация». К тому же до начала XX в. понятие информации было связано, прежде всего, с сообщением, осведомлением, с передачей сообщений, их интерпретацией.

В России термин «документ» был переведен Петром I именно как «письменное свидетельство». На всем протяжении XVIII в. в определении понятия «документ» выделялось, прежде всего, его правовое значение. Однако сам этот термин в течение длительного времени почти не употреблялся. Вместо него в делопроизводственной практике обычно использовались другие термины: «акт», «дело», «бумага».

В первой половине XX в. было пересмотрено содержание понятия «информация», которое стало связываться с категорией отражения, как всеобщим свойством материи, первичным по отношению к информации. А во второй половине XX в. с развитием кибернетики, информатики, вычислительной техники развернулось активное изучение социальной сущности, информационной и правовой природы документа, что привело к дальнейшему расширению и к углублению его понятия¹.

Ценная бумага как документ представляет в смысле частного права официально написанную бумагу, которая содержит в себе частно-правовое существенное значение².

¹ Ларьков Н.С. Документоведение. // www.alleho.narod.ru

² Павлов К.В. Финансово-правовое регулирование рынка ценных бумаг: Дис. канд. юрид. наук. - М., 2001. С. 18-19.

Что же такое документ по российскому законодательству? В ст. 2 закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» №149 (далее - Закон об информации) от 27 июля 2006 г. сказано, что «документированная информация - зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить такую информацию или в установленных законодательством Российской Федерации случаях ее материальный носитель»¹. Таким образом, современное законодательство выделяет два вида документа: 1) как информация с реквизитами на материальном носителе; 2) материальный носитель.

Статья 128 ГК РФ перечисляет виды объектов гражданских прав, относя к ним вещи, включая ценные бумаги, а также информацию. Буквальное толкование данной нормы позволяет сделать вывод о том, что информация вещью не является. Это подтверждается и Законом об информации, где информация представлена как «сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления» (ст. 2), тем самым подчеркивается нематериальность данного объекта гражданских прав. ГК РФ ценные бумаги отнесены к категории вещей, следовательно, первое определение документа для ценных бумаг не применимо. Иначе пришлось бы исключить их из данной категории.

Понятие документа содержится также и в Федеральном законе от 29 декабря 1994 г. №77 «Об обязательном экземпляре документов»: документ - это «материальный носитель с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи (фонограммы), изображения или их сочетания, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях общественного использования и хранения»². В.К. Андреев считает, что определение документа имеет общеправовое значение вне зависимости от того, является ли им ценная бумага или акт органа исполнительной власти³.

Однако можно согласиться с мнением юристов о том, что это определение без каких-либо уточнений не может быть применимо к ценным бумагам, так как не раскрывает функции, которые ценная бумага должна выполнять в качестве

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 31.07.06. №31 (часть I). Ст. 344.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №1. С. 1.

³ Андреев В.К. Рынок ценных бумаг. Правовое регулирование. - 1998. С. 27.

документа¹. Помимо этого, указание целей его использования сужает сферу применения любого документа.

Как отмечает В.А. Белов, российское понятие ценных бумаг близко к понятию ценных бумаг континентального права (Франции, ФРГ, Швейцарии), где ценная бумага определяется как всякий документ, с которым связано какое-либо право так, что оно без этого документа не может быть ни осуществлено, ни передано другому лицу. По праву Англии и США, оборотный документ - это всегда документ по содержанию денежный, а по форме - предъявительский или ордерный, то есть англосаксонское понятие уже континентального (векселя, чека)².

Как определил А.Ф. Черданцев, ценные бумаги, наряду с деньгами, - это вид юридических документов³. Понятие документа, на наш взгляд, применительно к ценным бумагам можно представить как материальный носитель, фиксирующий информацию с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать и имеющий доказательственную силу⁴. Доказательственная сила документа означает, что он доказывает, подтверждает возникновение, существование и возможность реализации прав, закрепленных в ценной бумаге.

ГК РФ называет все ценные бумаги вещами. Однако сходство между ценными бумагами и вещами никогда не было полным и всегда носило внешний характер. Нормы о вещах применяются к ценным бумагам только по возможности, то есть там, где это «не противоречит их специфическим статусам, обусловленным обязательственной правовой природой»⁵. По мнению М. Крыловой, необходимость придания имущественным отношениям большей динамики вызвала появление правовых конструкций, которые, опосредуя обязательственные правоотношения, позволили включить права в имуществ-

¹ Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. Вопросы теории: Дис. канд. юрид. наук. - 1996. С. 23. / Шестопалова А.К. Гражданско-правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг в России. - М., 1997. С. 16.

² Белов В.А. Государственное регулирование рынка ценных бумаг в современной России. - М., 2000. С. 25-26.

³ Общая теория государства и права. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. - М., 1998. С. 364-365.

⁴ А.Б. Быля в диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук «Финансово-правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг (облигация, вексель)» соглашается с определением документа как материального объекта, обозначенного в законе «Об обязательном экземпляре документов». - М., 2002. С. 70.

⁵ Крылова М. Ценная бумага - вещь, документ или совокупность прав? // Рынок ценных бумаг. 1997. №2. С. 61.

венный оборот наподобие реальных вещей. Для обозначения этого явления обычно используют выражение «право овеществляется в бумаге». Но, по словам М.М. Агаркова, «этой формуле нельзя придавать значение большее, чем образному выражению... не обладающему той степенью точности, которая необходима в юридических построениях»¹.

Одни авторы полагают, что ценная бумага - это «бестелесная вещь, то есть совокупность установленных законом гражданских прав, своеобразная правовая условность, фикция, не имеющая никакой материальной формы»². Нельзя рассматривать «бездокументарные ценные бумаги» как «бестелесные вещи»³. Е.А. Суханов считает, что такой взгляд приведет лишь к усложнению реальной ситуации, ничего не добавляя к статусу управомоченного лица. А вот бездокументарный «способ фиксации права» - это новый неизвестный ранее способ фиксации некоторых прав, традиционно закреплявшихся в обычных ценных бумагах, а значит, нет оснований для пересмотра общей категории ценных бумаг и ее законодательного определения⁴. К схожему выводу приходит и А. Трофименко, утверждая, что не следует смешивать понятия ценной бумаги и различных форм фиксации прав⁵.

Анализ норм ГК РФ и ФЗ «О рынке ценных бумаг»⁶ от 22 апреля 1996 г. позволяет сделать вывод о том, что законодатель в действительности не выделяет таких разновидностей ценных бумаг, как «документарная» и «бездокументарная». Длительные споры по поводу различий в их правовой природе можно было бы свести к минимуму, если принять понимание документа, данного в Законе об информации, как материального носителя с информацией определенного рода (бумажного, электронного и т.д.). В обоих случаях имуществен-

¹ Агарков М.М. Учения о ценных бумагах. - М., 1993.

² Лысихин И. Давайте разберемся в дефинициях. // Рынок ценных бумаг. 1996. №17; Демушкина Е. Безличностные ценные бумаги - фикция или реальность? // Рынок ценных бумаг. 1996. №18-20; Марченко А. Символ комплекса прав. // Рынок ценных бумаг. 1996. №12; Крылова М. Ценная бумага - вещь, документ или совокупность прав? // Рынок ценных бумаг. 1997. №5. С. 29.

³ Крылова М. Ценная бумага - вещь, документ или совокупность прав? // Рынок ценных бумаг. 1997. №2. С. 60-63; №4. С. 57-60; №5. С. 29-32; Демушкина Е. Безличностные ценные бумаги: фикция или реальность? // Рынок ценных бумаг. 1996. №18-20.

⁴ Суханов Е.А. Ценные бумаги: мировая практика и российское новаторство. // Экономика и жизнь. 1994. №7.; Трофименко А.В. Право собственности на ценные бумаги. Дис. канд. юрид. наук. - Саратов. 1997.

⁵ Трофименко А. Признаки ценной бумаги. // Справочная правовая система Гарант. 07.04.01. С. 2.

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. №17. Ст. 1918.

ные права имеют воплощение в документе, являющемся вещью.

Из смысла п. 1 ст. 149 ГК РФ вытекает, что специальный субъект может фиксировать права из ценной бумаги как в документарной, так и в бездокументарной форме. Не должно быть вообще разделения ценных бумаг на документарные и бездокументарные, должны быть только разные способы фиксации прав со своими особенностями.

В.Б. Чуваков справедливо замечает, что «таким образом, «бездокументарные ценные бумаги» не заменяют собой классические ценные бумаги, а дополняют их; «бездокументарная ценная бумага» есть особый способ фиксации права из ценной бумаги»¹.

Поэтому название ст. 149 ГК РФ «Бездокументарные ценные бумаги» следует изменить на «Бездокументарный способ фиксации прав по ценным бумагам» и в тексте статьи заменить соответствующие выражения.

Схожей позиции придерживается А. Трофименко, утверждая, что существует принципиальная возможность практически полного применения имеющейся теории «документарных» ценных бумаг к иным способам фиксации информации. Также он делает вывод, что при подобном подходе оказывается применимым большинство классических положений, разработанных для ценных бумаг, что позволит положить конец спорам вокруг идеи «бездокументарных ценных бумаг» и подойти к разработке общей теории оборота прав, удостоверяемых материальными носителями².

Поскольку ранее установлено, что документ - это материальный носитель, фиксирующий информацию, то не обязательно, чтобы это был только бумажный носитель. «Тип материального носителя не влияет на то, какие права удостоверяет документ»³. Поэтому ценная бумага как документ может находиться также на бумажном, электронном, магнитном носителе. «...Отсутствие бумажного носителя информации не лишает ценную бумагу безбумажного типа признака документарности»⁴. В п. 1 ст. 142 ГК РФ права удостоверяются документом, находящимся в руках кредитора, в п. 2

¹ Чуваков В.Б. Правовая природа ценных бумаг: Дис. канд. юрид. наук. - Ярославль, 2004. С. 38.

² Трофименко А. Там же.

³ Окунев К. Феномен бездокументарных ценных бумаг. Кодекс INFO: информационный бюллетень текущего законодательства. - 1996. №18.

⁴ Окунев К. Там же.

ст. 142 ГК РФ - документом, находящимся в руках третьих лиц¹.

Документы могут «фиксироваться» на различных носителях и, как следствие, иметь различную материализацию письменной формы. На бумажном носителе ценные бумаги традиционно выражались в виде отдельно существующего документа, текст которого воспроизводит обязательные реквизиты ценной бумаги и ничего более. Ценные бумаги в таком виде именуются документарными классическими ценными бумагами.

Таким образом, предпочтительной является позиция тех ученых, кто форму ценной бумаги усматривает в технических характеристиках исполнения бланка². По мнению Долгаева, это позволит рассматривать бездокументарные ценные бумаги в гражданском обороте исключительно как средство юридической техники³.

Появление и развитие средств звукозаписи, электронно-вычислительной техники заставило признать значение документа за объектами с такими свойствами, которые исключали органолептическое, непосредственное восприятие содержания данного документа.

Тем не менее, идет ли речь о бумажной вещи с зафиксированным на ней текстом, либо об электронных носителях текстуальной информации, которая может быть воспроизведена визуально и материально, перед нами в широком смысле документ с «информацией в виде текста»⁴.

«Сегодня уже трудно согласиться с традиционным пониманием документа как информационной записи только на бумажном носителе. В современных условиях такое понятие будет лишь частным случаем, как в общепринятом, так и в юридическом смысле»⁵.

Начиная с XIX в., в связи с изобретением новых способов и средств документирования (фото-, кино-, аудиодокументирования и др.), широкое распространение получили многие принципиально новые носители документированной

¹ Белов В.А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории. - М., 1996. С. 23.

² Митрошина М.В. О признаках ценных бумаг по российскому гражданскому праву. // Закон и право. 2000. №3. С. 29.

³ Долгаев С.Е. Правовое регулирование оборота ценных бумаг: Дис. кан. юрид. наук. - Самара, 2002. С. 43.

⁴ Митрошина М.В. Указ соч. С. 30.

⁵ Мурзин Д.В. Ценные бумаги - бестелесные вещи: правовые проблемы современной теории ценных бумаг. - М., 1998. С. 7.

информации. В зависимости от качественных характеристик, а также от способа документирования, их можно классифицировать следующим образом: бумажные; фотографические носители; носители механической звукозаписи; магнитные носители; оптические (лазерные) диски и другие перспективные носители информации.

Нормы вещного права могут быть применены только к ценной бумаге как к документу (вещи, материальному носителю), а не к тем правам, которые она воплощает в любой форме. Если права в бездокументарной форме закреплены в компьютеризированном реестре, то как происходит передача права собственности? Конечно же, не путем передачи компьютера. Собственник ценной бумаги в бездокументарной форме не владеет ей как вещью, так что непосредственной передачи «из рук в руки» не происходит. Переход фиксируется специализированными субъектами особым образом.

При обращении владельца для осуществления своих прав, регистратору необходимо удостовериться, что презентант не только надлежащим образом легитимирован, но и обладает всем набором прав, воплощенных в ценных бумагах в бездокументарной форме. Для этих целей регистратор активирует соответствующие ведущиеся у него записи на том носителе, на котором зафиксированы права владельца. В этот момент документ не на бумажном носителе овеществляется. Данные действия можно квалифицировать как презентацию, а право владельца ценной бумаги в бездокументарной форме требовать совершения соответствующих действий от регистратора - «правом на бумагу». Без совершения этих действий невозможна реализация «права из бумаги».

Следует признать, что не все институты вещного права безоговорочно применимы при бездокументарном способе фиксации прав, например, виндикация. Поэтому возможно сделать дополнение к ст. 149 ГК РФ: «Нормы о праве собственности и других вещных правах применяются к ценным бумагам в бездокументарной форме, если иное не вытекает из содержания и характера закрепленных в них прав».

В «Докладе о концептуальных подходах к месту и роли депозитарной деятельности на современном рынке ценных бумаг» от 1 июля 1997 г., подготовленном Центральным банком РФ, ФКЦБ РФ и Минфином РФ, отмечено: «Необходимо рассматривать бумажный документ и «бездокументарную форму» как два возможных способа фиксации прав из ценной

бумаги, оставляя возможность и для других, не противоречащих законодательству способов фиксации. При этом: ценная бумага остается имуществом, вещью вне зависимости от выбора способа фиксации прав из нее. Следовательно, для любой ценной бумаги с любой формой фиксации прав из нее действуют общие нормы гражданской оборотоспособности, установленные для имущества, для вещей»¹.

Анализ постановлений Президиума Высшего Арбитражного суда РФ по конкретным делам позволяет выделить наметившуюся тенденцию, свидетельствующую о том, что судебная практика склоняется к тому, чтобы применять к «бездокументарным ценным бумагам», равно как и к «документарным», одни и те же вещные гражданско-правовые институты и нормы². При разрешении споров, связанных с ценными бумагами, выпущенными в бездокументарной форме, суд без каких-либо оговорок применяет вещные институты гражданского права, такие, как институт права собственности на «бездокументарные ценные бумаги», виндикацию. «Высший Арбитражный суд РФ в своей практике исходит из возможности предъявления виндикационного иска как способа защиты права собственности на акции, включая бездокументарные. Данный подход позволяет более четко разграничивать основания требования при возможной конкуренции исков, например, об истребовании акций на основании признания недействительной сделки, по которой они были приобретены их фактическим владельцем, или в порядке виндикации»³.

¹ Российская газета. 1997. 20 сент. №183.

² Постановление Президиума ВАС РФ №1439 / 99. 01.06.99.

³ Шапкина Г.С. Некоторые вопросы применения корпоративного законодательства. // Вестник ВАС РФ. 1999. №5. С. 91.

ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРОИЗВОДСТВО ГЕРМАНИИ И РОССИИ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)

Саттарова З.З. -

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса

Рене Давид писал: «Мир стал един. Мы не можем отгородиться от людей, которые живут в других государствах, других частях земного шара. Необходимое международное взаимодействие или, во всяком случае, простое сосуществование требует, чтобы мы открыли наши окна и посмотрели на зарубежное право»¹. Хотя современные правовые порядки отличаются друг от друга, они возникли отнюдь не изолированно, между ними существуют более или менее тесные связи, взаимодействие, выражающееся в рецепции и других интеграционных процессах. Критериями отнесения правового порядка к определенной правовой семье служат его правовые традиции, историческое развитие, социально-политическая система страны, специфика его юридического языка, правовые источники, способы применения права². Цвайгерт и Кетц объединяют все эти критерии под одним понятием «стиль правового порядка»³.

Современные зарубежные модели исполнительного производства, тенденции их развития представляет интерес для изучения и использования накопленного опыта при совершенствовании российской системы исполнительного производства. Сравнительно-правовому анализу отдельных аспектов данного института в различных правовых порядках посвящены исследования многих ученых⁴.

Реформирование исполнительного производства связано с поиском эффективной модели системы принудительного

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. - М., 2003. С. 6.

² Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение: Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. - М., 2003. С. 330.

³ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. - М., 1998. С. 78.

⁴ Настольная книга судебного пристава-исполнителя. / Под ред. В.В. Яркова. - М., 2001. С. 663-685, Решетникова И.В. Исполнительное право за рубежом. // «Право и экономика». 2001. №3, Исаенкова О.В., Демичев А.А. Цели и критерии использования зарубежного опыта в исполнительном законодательстве России. // «Исполнительное право». 2007. №2.

исполнения, обеспечивающей с минимальными затратами реализацию судебного постановления, не нарушая прав и интересов взыскателя и должника. Реформа исполнительного производства 1997 г. кардинально изменила роль суда в процессе исполнения вынесенных решений. В пояснительной записке к законам 1997 г. указывалось, что «в соответствии с принципом разделения властей суды освобождаются от несвойственной им функции... выполнения собственных решений...». Десятилетие применения ФЗ «Об исполнительном производстве» и «О судебных приставах» показало ошибочность такого одностороннего подхода. Законодатели большинства стран, воспринявших теорию разделения властей в качестве основополагающего принципа государственного устройства, не используют эту концепцию в догматическом виде при разработке законодательства об исполнительном производстве. Результаты сравнительно-правового исследования свидетельствуют о том, что увеличение активности суда в исполнительном производстве является тенденцией развития данного правового института, характерной для стран как англо-саксонской, так и романо-германской правовых систем¹.

В этом аспекте интересным представляется рассмотреть существующие в зарубежных правовых системах способы решения этих вопросов. Безусловно, любопытен опыт германского исполнительного производства, которое концептуально близко к российскому.

Исполнительное производство в Германии, которое, если дословно перевести немецкий термин, правильнее именовать принудительным исполнением, имеет длинную историю. Достаточно заметить, что в огромный массив законодательства о принудительном исполнении входят законы, изданные еще в конце XIX в., а ключевой акт - Гражданское процессуальное уложение (далее ГПУ) Германии - был принят в 1877 г. и действует с учетом последующих изменений до сих пор. Основными нормативными актами, посвященными органам принудительного исполнения, следует считать книгу 8 «Принудительное исполнение» ГПУ, Закон о принудительной продаже с торгов и принудительном управлении имуществом, Закон о судебной системе 1975 г., Положение о судебных исполнителях 1999 г., Инструкцию для судебных исполнителей 1999 г.

¹ Малешин Д.Я. Сравнительный анализ правовых норм о деятельности суда в исполнительном производстве. // "Законодательство". 2005. №9.

Согласно современной германской доктрине исполнительное производство является частью гражданского процесса, поскольку цель последнего не ограничивается разрешением спора, а предполагает также принудительное осуществление подтвержденной судебным решением обязанности. Указанный тезис можно считать традиционным, поскольку согласно прежнему общегерманскому праву судебные постановления исполнялись под непосредственным контролем судьи, действовавшим на основании соответствующих ходатайств кредитора (стороны в германском исполнительном производстве именуется кредитором и должником). Исполнительное производство представляет собой неотъемлемую часть гражданского процессуального права. Основная часть норм, регулирующих вопросу принудительного исполнения, содержатся в ГПУ Германии. В отличие от России, в германской правовой системе проводится разграничение между индивидуальным и коллективным исполнительным производством. Первое характеризуется тем, что отдельный кредитор производит взыскание за счет имущества должника, конкурируя с другими кредиторами. В этом случае отношения между ними строятся на принципе приоритета: кто первый, тот и правый; либо согласно привилегиям, следующим из институтов материального права, например залога. В рамках индивидуального исполнительного производства конкуренция кредиторов регулируется в основном такого рода правилами приоритета.

Коллективное исполнительное производство применяется, когда доступного для взыскания имущества недостаточно для удовлетворения требований всех кредиторов и необходимо его равномерное и согласованное распределение с применением норм, которые выходят за пределы принципа приоритета. Индивидуальное исполнительное производство регулируется в основном ГПУ, коллективное - Положением о несостоятельности от 5 октября 1994 г.

Другая особенность немецкой модели исполнительного производства заключается в том, нормы ГПУ регулируют лишь гражданское исполнительное производство. Определение «гражданское» в данном случае является условным, поскольку в порядке гражданского исполнительного производства реализуются не только постановления судов общей (гражданской) юрисдикции, но и ряд других исполнительных документов, перечисленных в §794 ГПУ. В сферу действия ГПУ не входит исполнение постановлений судов специальных юрис-

дикций. Для этого существуют особые правила, которые содержатся в законах, регламентирующих деятельность соответствующих судебных органов.

ГПУ дает основное, но не исчерпывающее, регулирование, индивидуального (гражданского) исполнительного производства. Порядок обращения взыскания на недвижимое имущество в нем лишь обозначен (§§864-871), а детальные предписания содержатся в Законе о принудительной продаже с торгов. Определенные гарантии по защите кредитора в исполнительном производстве установлены Законом об оспаривании правовых действий должника вне производства по делам о несостоятельности от 5 октября 1994 г. Закон позволяет добиться отмены сделок, совершенных должником с намерением причинить ущерб интересам кредитора. Наконец, имеются многочисленные отдельные специальные правила, содержащиеся в материально-правовых актах (например, §§392, 394, абзац 2 §408 ГУ)¹. Разобщенность норм исполнительного производства составляет известные неудобства, однако вопрос о создании единого источника регулирования остается в Германии нерешенным. Следует отметить, что отсутствие источников, содержащих дублирующие нормы, является весьма положительным моментом.

Следует отметить еще одно отличие. Российское законодательство об исполнительном производстве содержит в целом схожие начала и нормы об основаниях принудительного исполнения, однако имеет и ряд существенных отличий. В России общей предпосылкой принудительного исполнения является исполнительный документ; их перечень устанавливается федеральным законодательством. При этом процедура выдачи исполнительного листа, близкая по своему содержанию к оформлению немецкой исполнительной надписи, предусмотрена только для судебных актов. Проверка других исполнительных документов судом может быть только последующей, после их обращения к исполнению, при этом могут быть нарушены права должника, а поворот исполнения не всегда возможен.

Исполнительно производство Германии осуществляется с участием трех основных субъектов: кредитора, должника и органа принудительного исполнения, в качестве которого могут

¹ Елисеев Н.Г. Краткий комментарий к Гражданскому процессуальному уложению Германии. Система ГАРАНТ. 2006.

действовать судебный исполнитель, суд исполнительного производства, суд, осуществлявший производство по делу, или иные органы. В соответствии с российским законодательством принудительное исполнение судебных актов, актов других органов и должностных лиц возлагается на Федеральную службу судебных приставов и ее территориальные органы (ст. 5 ФЗ «Об исполнительном производстве» от 2 октября 2007 г.).

Представляет интерес статус судебного исполнителя. Отдельного закона, определяющего его правовой статус и функции, в Германии нет. Согласно Закону о судостроительстве (§154), круг его служебных обязанностей должен устанавливаться управлением юстиции земель. В порядке реализации этого правомочия было издано общее в масштабах Федерации Положение о судебном исполнителе (*Gerichtsvollziehungssordnung*), которое по своей природе является административным распоряжением, регулирующим исключительно внутренние отношения между субъектами административной деятельности. Таким образом, статус и функции судебного исполнителя слагаются из разрозненных положений ГПУ, Закона о судостроительстве и других нормативных актов. Из них следует, что судебный исполнитель является самостоятельным органом юстиции, хотя не обладает свойством независимости, поскольку его служебная деятельность подконтрольна участковому суду.

Предусмотрен двойной контроль деятельности судебного исполнителя:

а) процессуальный (со стороны суда по исполнению, в который могут быть обжалованы действия и решения судебного исполнителя (§766 ГПК ФРГ));

б) дисциплинарный (судебный исполнитель как государственный служащий подлежит контролю со стороны «осуществляющего надзор за его деятельностью судьи участкового суда» (§2 п. 2 Положения о судебных исполнителях)).

Суд по исполнению (*Vollstreckungsgericht*). В этой роли выступает участковый суд, на чьей подведомственной территории должно производится принудительное исполнение. Суд по исполнению может принимать решение как через специальное должностное лицо, именуемое *Rechtspfleger*, так и через профессионального судью.

Суд по исполнению, наряду с судебным исполнителем, является важнейшим органом принудительного исполнения. Одновременно ему приданы функции контрольного органа в

процессе принудительного исполнения. Суд по исполнению наделен тремя функциями.

1. Является органом принудительного исполнения, и в этом качестве ему подведомственны:

- исполнение по денежным требованиям путем обращения взыскания на права требования и другие имущественные права должника (§828 I, 857 I ГПК ФРГ);

- принудительное исполнение судебных актов путем обращения взыскания на недвижимое имущество, за исключением установления принудительной ипотеки (§1, 163, 171b Закона о принудительной продаже с торгов и принудительном управлении имуществом);

- процесс раздела имущества в случае, когда сумма арестованного, реализованного или внесенного третьими лицами имущества предназначена для нескольких взыскателей, но ее недостаточно для полного удовлетворения их требований (§827 II, 853, 854 II, 872 ГПК ФРГ);

- принятие показаний, равносильных данным под присягой, способствующих органу правосудия при взыскании долга или выполнении иного обязательства (§899 и след. ГПК ФРГ); выдача ордера на арест для принуждения к даче показаний (§901); принятие таких показаний на основании гражданского права (§889 I ГПК ФРГ) и принуждение к их даче посредством штрафа или ареста (§889 II, 888 I) при условии, что должник не дает показаний добровольно;

- содействие принудительному исполнению в отношении движимого имущества путем издания предписаний об оценке имущества специалистом (§813 I ГПК ФРГ), другим вопросам реализации (§825 ГПК ФРГ), уполномочивающим судебного исполнителя к уступке именной ценной бумаги или изменению имени держателя в именной ценной бумаге.

2. Как контрольный орган осуществляет контроль за действиями и решениями судебного исполнителя по жалобам заинтересованных лиц (§766 I ГПК ФРГ), содействует исполнительным действиям других органов (§764 I ГПК ФРГ), а также контролирует исполнительные мероприятия самого суда по исполнению в качестве инстанции для обжалования (§766 ГПК ФРГ).

3. Ведет так называемую «судебную защиту исполнения» (*richterliche Vollstreckungsschutz*) на основании обстоятельств, предусмотренных для конкретных случаев (§§765a, 811a, 813a, 850c VI, 850d, 850f II, 850k ГПК ФРГ и др.), по требованиям

должника о защите при принудительном исполнении и по требованиям взыскателя об увеличении размера изымаемого.

ГПК ФРГ исходит из того, что суд по исполнению будет действовать через судью, однако в силу п. 17 §20 Закона о помощнике судьи (далее - RPfLG) наибольшая часть полномочий суда по исполнению осуществляется этим должностным лицом. Фактически профессиональный судья рассматривает только жалобы на действия суда по исполнению (§766 ГПК ФРГ) и требования о «защите исполнения», о совершении исполнительных действий в ночное время (§761 ГПК ФРГ), об обыске в жилище (§758 ГПК ФРГ). При этом даже решения, затрагивающие конституционные права и обязанности должника и других лиц, принимает помощник судьи. Соответствие такого положения Основному закону ФРГ было обосновано Федеральным конституционным судом, признавшим, что в предусмотренных законом случаях помощник судьи может выступать в роли судьи.

Процедура рассмотрения вопросов в суде по исполнению подразделяется на исполнительный процесс, в котором суд по исполнению задействован как орган принудительного исполнения, и процесс по обжалованию, в рамках которого суд рассматривает жалобы заинтересованных лиц.

Исполнительный процесс, в свою очередь, подразделяется на процесс по принудительной продаже с торгов и принудительному управлению имуществом и процесс по вопросам наложения ареста на права должника. Рассмотрение дел судом по исполнению может происходить без устного разбирательства, однако при этом должны соблюдаться все процессуальные права сторон, в том числе гарантируется право быть выслушанным в суде. При рассмотрении спора в суде по исполнению действуют процессуальные принципы.

Решение суда по исполнению независимо от того, вынесено ли оно судьей или помощником судьи, оформляется определением.

Таким образом, суд по исполнению совершает множество исполнительных действий, которые в основном имеют признающий или распорядительный характер, фактические же действия осуществляют органы, содействующие исполнению.

Компетенцию суда по исполнению необходимо отличать от полномочий процессуального суда.

Процессуальному суду первой инстанции (Prozessgericht) подведомственно исполнение решений, которыми должник

присужден к совершению определенных действий (§§887, 888 ГПК ФРГ), к воздержанию от определенных действий или к необходимости претерпевать чужие действия (§890 ГПК ФРГ). Такие полномочия суда связаны с тем, что законодатель не смог до конца отделить процесс исполнения от судебного разрешения дела в связи с нежеланием ослабить роль суда и в целях упрощения процесса. Данные действия тесно связаны с основным спором, а их исполнение обеспечивается непосредственно решением суда. Средствами исполнения здесь являются полномочия суда выполнять действия за счет стороны, устанавливать предоплату судебных расходов (§887 ГПК ФРГ), налагать принудительный или административный штраф либо прибегать к аресту (§§888, 890 ГПК ФРГ). Решение об использовании одной из указанных мер принимает судья участкового суда или коллегия судей суда земли в зависимости от подведомственности дела по первой инстанции. Оформляется такое решение определением.

Ведомство земельного кадастра (Grundbuchamt) выступает в исполнительном производстве сразу в двух качествах: как орган принудительного исполнения и как орган, содействующий исполнению. В первом качестве ведомство ответственно за отражение в земельном кадастре информации о принудительной ипотеке по требованию взыскателя. Во втором качестве оно вносит в кадастр сведения об установленном определением суда аресте зарегистрированной в земельном кадастре ипотеки (§830 I 3 ГПК ФРГ), а также ее переводе взамен платежа (§837 I 2), аресте реального обременения земельного участка (Reallast), ипотечном долге (Grundschuld) и рентном долге (Rentschuld) (§857 VI ГПК ФРГ). В остальных случаях ведомство земельного кадастра действует как регистрационный орган.

Функции судебного исполнителя и суда удачно сочетаются и дополняют друг друга. Участие суда в исполнительном производстве не ведет к перегрузке судебной системы во многом за счет принятия многих решений специальным должностным лицом¹.

Исполнительное производство Германии строится на принципе децентрализации, который, в частности, означает, что для принудительной реализации одного и того же исполнительного документа может быть задействовано несколько

¹ Мойсеенко А.М. Органы принудительного исполнения ФРГ. // "Законодательство". 2005. №6.

органов принудительного исполнения. Какие именно, определяется по усмотрению кредитора с соблюдением правил, регулирующих их функциональную и территориальную компетенцию. Указанный принцип не характерен для России, где принудительное исполнение концентрируется исключительно на судебных приставах-исполнителях.

Некоторые элементы и механизмы германской системы исполнительного производства, на наш взгляд, весьма эффективны и могут быть использованы в России. В настоящее время отечественная монополия судебного исполнителя в сфере принудительного исполнения судебных актов и актов иных органов не отвечает общемировым тенденциям развития судебной власти как важнейшего элемента правового государства и гражданского общества¹. Институт «суда по исполнению», существующий в разных формах не только в Германии, но и в иных государствах, представляется эффективным инструментом решения задач исполнительного производства. Принятие судом на себя ключевых вопросов юридического характера при оставлении основного массива исполнительных действий остальным исполнительным органам позволяет наиболее полно обеспечивать соблюдение прав и законных интересов всех участников принудительного исполнения и предполагает разумное сочетание отправления правосудия судом и деятельности органов исполнительной власти.

Очень интересным и позитивным кажется найденный немецким законодателем способ избежания перегрузки судов: передача большинства полномочий по исполнению особому должностному лицу суда, для которого предусматриваются специальные, более высокие требования, нежели для судебного исполнителя, и который принадлежит к судебной власти и обладает большей независимостью, но при этом не является судьей. В России тоже может существовать подобное должностное лицо: помощник судьи - это, по сути, аналог немецкого *Rechtspfleger*. Передача упомянутому помощнику функций суда по исполнению не стала бы нарушением принципа разделения властей, при этом значительно повысилась бы эффективность исполнения решений судов, что, в свою очередь, усилило бы авторитет судебной власти.

Германская система органов принудительного исполнения показывает, как суд может решать наиболее сложные воп-

¹ Дело «Бурдов против России» (постановление суда по существу дела и в отношении справедливой компенсации). // Российская газета. 2000. 4 июля.

росы, возникающие в ходе принудительного исполнения, выступать гарантом быстрого, полного и законного исполнения судебных актов.

ИМУЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ СУПРУГОВ (ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН)

Сиваракша И.В. -

к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права

Отношения между супругами следует рассматривать с позиции имущественных и личных отношений. Сложившийся в течение длительного периода обычай установил имущественную несамостоятельность супруги, которая вытекала из личной подчиненности жены мужу. Согласно установленному обычаю жена была хозяйкой дома, но ей ничего не принадлежало, даже то, что она принесла с собой в дом мужа. Такой подход к существующей достаточно длительное время проблеме взаимоотношения супругов возник не из теории «о вечной безграмотности женщины», а оформился из личной подчиненности жены мужу. К решению данной проблемы обращались, в свое время, римские и европейские законодатели, последние и до настоящего момента не могут прийти к единому мнению по вопросу расширения имущественной самостоятельности жены.

На мой взгляд, данная проблема вытекает из природы самого брака, понятие которого дает Модестин: «Брак - это союз мужа и жены, единение божественного и человеческого права»¹. Отношения в области человеческого права подчинены отношениям правового и имущественного характера. В основе имущественных отношений супругов лежал принцип раздельности, то есть имущество жены и имущество мужа составляют совершенно независимые друг от друга массы. Это утверждение характеризует лишь те брачные отношения, которые устанавливались в классический и постклассический период, когда власть мужа была ограничена особой формой

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 1. - М.: Юрист, 1996. С. 142.

брака, брака без «власти мужа». Что касается права квинритского периода, то вопрос имущественных отношений брачующихся был строго регламентирован в пользу супруга, т.к. жена находилась под его властью и не могла считаться самостоятельным субъектом гражданских правоотношений. В праве классического периода была предпринята попытка уравнивать женщину с мужчиной в области имущественных прав. Оформилась следующая позиция, позволяющая женщине сохранить право на имущество, которое она имела до брака и получала во время брака (своим трудом, путем наследования от родственников по старой семье и т.п.), гарантируя свободу пользования и распоряжение этим имуществом. Однако эта практика распространялась лишь на тех женщин, которые признавались лицом своего права.

Для того, чтобы не только формально, но и материально гарантировать имущественную независимость супругов друг от друга, чтобы очистить брачное согласие от всяких материальных соображений, римское право, следуя обычаем, дополнило принцип раздельности запрещением дарения между ними: «...Дарение между мужем и женой ничтожно»¹. Этой позиции придерживались следующие юристы: Ульпиан: «Чтобы в силу взаимной любви (супруги) не отнимали путем дарений (имущества) друг от друга, не соблюдая меры и (действия) с легкомысленной расточительностью в отношении себя»²; Секст Цецилий: «Часто происходило, что браки расторгались, если тот, кто имел возможность, не совершал дарения и в силу этого случалось, что браки являлись продажными»³; Павел: «Дабы не утратилось стремление, прежде всего, воспитывать детей»⁴. Чтобы не возникло желания обойти закон, найти лазейку, запрет был распространен также и на всех подвластных: «Лицам, находящимся во власти одного, запрещается делать друг другу дарения»⁵. Подаренное первоначально мог требовать назад не только сам супруг, но и его наследники. Это положение было ослаблено после принятия закона Ка-

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 1. - М.: Юрист, 1996. Д. 24.1.

² Там же, Дигесты, Д. 24.1.1.

³ Там же, Дигесты, 24.1.2., Д. 24.1.3. «Это основание приводится и в обращении к сенату нашего императора Антонина Августа: ибо (император) сказал так: «Наши предки запретили дарение между мужем и женой; они оценивали достойную уважения любовь лишь на основании душевного настроения и заботились о репутации супругов, дабы (супружеское) согласие не имело вид приобретенного посредством цены и дабы лучший не впал в бедность, а худший не обогатился».

⁴ Там же, Дигесты, Д. 24.1.2.

⁵ Там же, Дигесты, Д. 24.1.3.5.

ракалы, который установил следующее правило: «Если подаривший умер, не потребовав обратно, то дарение подтверждается»¹. Данный запрет дарения между супругами, действовавший у римлян с 204 г до н. э., установленный *Lex Cincia de donis et muneribus* (о дарениях и пожертвованиях), не относился к дарениям, сделанным до свадьбы, поэтому применительно к ним действовал обычный порядок дарения. Как правило, однако, речь шла о случайных подарках, имеющих незначительную ценность и не создававших, поэтому, никаких проблем. Однако в послеклассическую эпоху стал все шире распространяться заимствованный с Востока обычай, согласно которому муж до свадьбы делал жене подарок, который рассматривался как бы соответствующим приданному и устанавливался в размере половины самого приданого. Предбрачный дар приобрели особое значение после того, как выяснилась вторая - штрафная - функция приданого. Если жена на случай неосновательного развода со своей стороны рискует потерей приданого, то в интересах равенства и справедливости было желательно, чтобы муж выделял из своего имущества известную часть, для подобной же гарантии жене. Это и стало мало-помалу, если не юридической обязанностью мужа, то, во всяком случае, правилом общественного приличия: требовать такой имущественной компенсации ни невеста, ни ее родители не могли. Данное дарение между супругами, для того, чтобы считаться действительным, должно было заключаться до брака. Нормы относительно предбрачного дара не получили в классический период полного развития. Лишь Юстин и Юстиниан придали этому институту определенную законченность. Прежде всего, было позволено в интересах установления указанного равенства, совершать дарение не только до брака, но и после его заключения, при этом Юстиниан предписал называть предбрачный дар как дарение в связи с браком. Но это утверждение ошибочно, т.к. данные отношения не подпадают под содержание договора дарения. Муж сохраняет собственность на подаренные объекты, он ими пользуется, и, если брак не заканчивается по неблагоприятным обстоятельствам, то дарение в связи с браком не проявит себя ничем. Данное имущество, на случай развода, является своего рода гарантией жены, позволяющей ей потребовать его себе вместе с приданным. В своем учении о да-

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 1. - М.: Юрист, 1996. Д. 24.1.3.5.

рении между супругами Юстиниан перечислил условия, которым необходимо следовать при решении судьбы имущества, входящего в данного рода дарения, а именно:

а) дарение по размеру своему должно соответствовать приданому;

б) отец мужа обязан дать дарение в связи с браком, подобно тому, как отец жены обязан дать ей приданое. Недвижимости, входящие в состав дарения, подобно дотальным недвижимостям - неотчуждаемы;

в) во время брака жена, по общему правилу, не может требовать выдачи дарения. Исключение, как при приданом, допускалось лишь в случае несостоятельности мужа;

г) по прекращении брака жена, по общему правилу, могла требовать выдачи дарения только в том случае, когда брак прекращался разводом по вине мужа.

Второе ограничение для субъектов брака было связано с невозможностью супругов предъявлять друг против друга информирующие иски. Исходя из этого, если один из супругов присваивал себе незаконно вещь другого (украл ее, растратил деньги супруга и т.п.), то потерпевший не мог предъявить к виновному *actio furti*. Взамен этого ему предоставлялся особый иск, направленный на возврат присвоенного, и вознаграждение за убыток, так называемый *action rerum amotarum*, который не влек за собой *infamia*; но и этот иск мог быть предъявлен к виновному или наследникам его только после прекращения брака.

Третью особенность имущественных ограничений супругов можно сформулировать следующим образом: «Все объекты хотя и находятся в руках одного из супругов, считаются собственностью мужа, поскольку жена не может доказать противного (*praesumptio Muciana*)».

Характерным для римского общества институтом, связанным с браком, начиная с древнейшей эпохи, было «приданое». Приданым называется имущество, которое доставляется мужу самой женой или третьим лицом за нее с тем, чтобы служить для покрытия части расходов по ведению общего хозяйства. Деринбург утверждал: «Первоначально установление приданого не было юридической обязанностью, а диктовалось обычаем. Правда, в позднюю эпоху стали принуждать отца выделить имущество дочери, когда он из прихоти отказывался это сделать, препятствуя, таким образом, браку «без приданого дочь замуж

невмочь»¹. Но очевидно, что подобные установки имеют отношение только к союзам между представителями состоятельных сословий Рима. Брак между пролетариями не перестает быть таковым из-за того, что женщина не имела приданого по причине бедности отца.

Приданое в Риме имеет свою длинную историю. Первоначально, приданое поступало в бесповоротную собственность мужа, который нисколько не был стеснен в распоряжении дотальными объектами (характерно для брака с властью мужа). До закона Вокония отец передавал имущество единственно правоспособному лицу в новой семье, то есть мужу или его домовладыке. Назначение приданого происходило посредством специального соглашения (пакта) или стипуляцией. В свою очередь приданое не подлежало возвращению ни в случае смерти жены, ни даже в случае беспричинного развода со стороны мужа. Общеизвестная редкость разводов являлась причиной того, что вопрос о судьбе приданого ни в жизни, ни в законодательстве не ставился.

Но к концу республики, когда вместе с общим падением нравов увеличилось число разводов, указанное положение вещей обнаружило большое неудобство. Неограниченная свобода разводов создала возможность различных злоупотреблений со стороны мужа. Вступив в брак и получив приданое, муж мог тотчас же дать жене развод, брак мог стать средством для самой низкой спекуляции с целью получения приданого. Ввиду чего возникла необходимость так или иначе юридически обеспечить интересы жены.

Прежде всего, об этом стали заботиться сами заинтересованные лица. Жена или ее родители при самом заключении брака и установлении приданого требовали от мужа в форме стипуляции обеспечения того, что в случае развода или смерти мужа приданое будет возвращено жене или установителю. При наступлении предусмотренных последствий жена или иной установитель приданого имели против мужа или против его наследников обычный строгий иск. Часто при этом передаваемое мужу приданое при самом установлении оценивалось и как бы считалось мужу проданным за известную сумму денег, которую он и обязывался вернуть на случай развода. Утверждение Трифония, сделанное в Дигестах: «Хотя приданое находится в имуществе мужа, оно, однако, принадлежит

¹ Деренбург. Пандекты. Т. 3. §13-23.

жене»¹, приводит к различным правовым последствиям приданого.

Если брак прекращался смертью жены, то приданое, по общему правилу, оставалось мужу, разве что оно было уставлено ее отцом, и отец был еще в живых. Если брак прекращался смертью мужа, то приданое возвращалось всегда жене или ей совместно с отцом. Оно возвращалось также тогда, если брак был прекращен разводом по инициативе мужа или по его вине.

Режим возврата для заменяемых и незаменимых вещей был различным. Незаменяемые вещи должны были быть возвращены сразу, а заменяемые вещи могли быть возвращены в три годовых взноса, если не было договора об обратном. В случае дурного поведения мужа сроки возврата сокращались.

В некоторых случаях закон защищал имущественные права мужа, оставляя право на приданое за ним, а именно тогда, когда жена дала развод без всяких поводов со стороны мужа или если она вызывала развод своим поведением. Однако во всех тех случаях, когда муж должен вернуть приданое, он может при известных условиях сделать некоторые вычеты из него (например, на содержание детей, которые остаются на его попечении; по поводу вещей, растраченных женой; по поводу каких-либо проступков жены и т.д.). Удержание на детей, если брак был расторгнут по вине жены, составляло одну шестую на каждого ребенка, но не более половины приданого. Удержание из-за поведения жены составляло одну шестую в случае неверности и одну восьмую в случае более легких поступков. Часть удержания за подарки и унесенные вещи устанавливалась при определении истиной стоимости предметов, а удержание за произведенные улучшения приданого устанавливалась при определении стоимости произведенных улучшений, если речь шла о расходах, связанных с сохранением приданого. Если же речь шла о расходах, полезных для приданого, удержание допускалось только с согласия жены, а при затратах на роскошь допускалось право отделить и вернуть произведенные улучшения, если это было возможно без нанесения вреда приданому.

Таким образом, обязанность мужа возвращать приданое в случае прекращения брака был признана. Но муж все же счи-

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 1. - М.: Юрист, 1996, Д. 23.3.75.

тался собственником приданого и поэтому мог растратить его во время брака. Более того, он мог отчудить приданое нарочно, с намерением затем дать жене развод. Конечно, жена будет иметь в таком случае обязательственное требование к мужу, но и это требование может оказаться безрезультатным в случае несостоятельности мужа. Поэтому в закон были внесены некоторые поправки, ограничивающие право собственности мужа в отношении имущества, составляющего приданое. Законом *Julia de adulteries* мужу запрещалось отчуждение дотального недвижимого имущества без согласия жены, причем под запрет стали подводиться не только акты прямого отчуждения, но и все те, которые могли привести впоследствии к отчуждению, например, залог¹. Сверх того, требование жены было снабжено правом на преимущественное удовлетворение перед другими личными кредиторами мужа. Кроме этого, жена получила право и на виндикационный иск по отдельным предметам приданого, а для обеспечения реституции приданого была введена привилегированная генеральная ипотека на все имущество мужа.

В праве Юстиниана давать дочери приданое становится настоящим юридическим обязательством для отца, поэтому говорится о необходимом приданом, юридический режим приданого претерпел множество изменений. Прежде всего, было отменено назначение приданого, замененное простым обещанием, и муж из собственника становится простым управляющим приданым. У мужа нет права распоряжения, поэтому приданое считается неотчуждаемым даже при волеизъявлении на то жены. Муж на время брака становится простым пользователем приданого - узуфруктуарием, данное утверждение делают ученые, отрицающие даже формальное право собственности мужа на приданое. На мой взгляд, данная теория не имеет юридического обоснования, т.к. она противоречит историческому процессу становления данного института, который показывает на факты с которыми трудно поспорить. В самом начале (в праве квинтского периода) муж был полным собственником приданого, поскольку брак, как правило, заключался покупкой², а покупка порождает право собственности у одного и прекращает право собственности у другого. И только право классического периода все

¹ Гай. Институции. / Перевод с латинского Ф. Дальнского. / Под ред В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. - М.: Юрист, 1997. С. 101 (кн. 2, ст. 63).

² Там же. С. 53 (кн. 1, ст. 113).

больше и больше ограничивало право собственности мужа на имущество, входящее в приданое. Юстиниан пошел еще дальше, он предписывал возвращать приданое и в случае смерти жены. Таким образом, в позднейшем римском праве приданое остается мужу лишь в случае развода по вине жены, в качестве штрафа для него. Была также отменена система вычетов. Другими словами, приданое теперь не составляет личную собственность мужа. Жена, кроме того, в течение брака может истребовать обратно приданое, если муж расточитель, безумный и т.д., или ей необходимо оказать помощь своей прежней семье, или заключить выгодную сделку. Имущественные отношения супругов теперь устанавливаются брачным договором, режим которого возлагает на мужа ответственность за гибель вещей. В Дигестах устанавливается следующее правило: «В большинстве случаев для мужа имеет значение, чтобы вещи (данные в приданое) не были оценены, дабы на него не возлагается риск этих вещей, в особенности если он получил в приданое животных или одежду, которой пользуется жена, ибо если вещь оценена и жена ее износила, но, тем не менее, муж должен предоставить (в случае возвращения приданого) оценку. Поскольку же в приданое даются не оцененные вещи, то их улучшение и ухудшение идут за счет жены»³.

Имущественные отношения супругов, свойственные праву Юстиниана, смело можно характеризовать как революционные. Впервые в истории человечества женщина приобрела имущественную правоспособность. Жена имела в личной собственности имущество, которое не смешивается с общей семейной собственностью и которое значительно может превышать ее.

Имуществом, находящимся в личной собственности жены, распоряжается только она. Личная собственность жены складывается из: вещей, полученных из дома отца и не вошедших в состав приданого, при этом должен быть предварительно составлен список всех вещей. («Вещи, которые жена использует в доме мужа, не давая их в приданое, обычно (жена) вносит в список и этот список предлагает мужу, чтобы тот подписал»²); приращения к приданому, возникшего вследствие его хозяйственной эксплуатации; предбрачного дара мужа; результатов самостоятельной хозяйственной деятель-

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 1. - М.: Юрист, 1996, Д. 23.3.10.

² Там же, Д. 23.3.9.3.

ности. Уже Катон упоминает право собственности замужней женщины на рабов в известной речи, которая относится к 169 г. до н. э., то есть ко времени закона Вокония, который, учитывая изменения практики, впервые регламентировал в целом наследственную способность женщины¹.

Женщина могла предъявлять иск о договоре хранения в случае обычной охраны со стороны мужа и иск о договоре поручения в случае поручения управлять принесенным в дом имуществом. Против злонамеренного похищения, которое в отношении, отличном от супружеского, привело бы к иску о краже, женщина могла выдвигать иск о похищенных вещах.

Так постепенно складывалась римская система имущественных отношений между супругами, в основу которых был положен принцип юридической раздельности имущества. И.А. Покровский говорил: «...Данный принцип не мешает при браках хороших, но наилучшим образом выступает гарантией при браках плохих. Встречные институты, приданое и дарение в связи с браком, удовлетворяя потребности в некоторых гарантиях на случай развода, создают в то же время на основе раздельности нечто вроде единого общесемейного имущества, служащего экономическим базисом семьи»².

Принцип юридической раздельности был признан законодателями других государств. Особенно хорошо это видно на примере государств, прошедших через рецепцию римского права, в частности, Франции и Германии.

Французские законодатели в период позднего Средневековья под влиянием норм римского права квинтитского периода сократили имущественную правосубъектность жены. На юге все сделки, заключенные женой без согласия мужа, признавались ничтожными. Напротив, на севере режим общности имущества перестал быть обязательным, и за супругами закрепилась большая свобода решать свои имущественные вопросы, руководствуясь взаимным согласием.

В Германии учли весь опыт римских законодателей, и, следуя традициям, установили принцип неравенства супругов, принцип превосходства мужа над женой. «Саксонское зеркало» юридически закрепило принцип общности имущества супругов, установив правило: «Все имущество поступает в полное распоряжение мужа». Без его разрешения, жена не

¹ Катон, в Gell. XVII. 6.1

² Покровский И.А. История римского права. - Санкт-Петербург, 1998. С. 465.

могла управлять никаким имуществом. Он являлся ее законным опекуном. Вместе с тем, в семейном имуществе выделялись определенные части, которые учитывались и наследовались отдельно. К ним относились предметы личного пользования женщины, домашняя утварь и украшения («женская доля»), имущество для пожизненного содержания жены в случае развода или смерти мужа, приданое жены, а также свадебный подарок мужа («утренний дар»). В случае развода жена могла пожизненно пользоваться предоставленной ей мужем собственностью, «женской долей» и приданым. В случае же смерти мужа женщина сохраняла «утренний дар», «женскую долю» и пожизненное содержание, причем «женская доля» наследовалась только по женской линии.

В период новейшего права, когда положение женщины меняется, расширяется ее дееспособность, законодатели, изменяя себе, следуют средневековым традициям в вопросах имущественных отношений супругов. Хотя отдельные статьи ГК Наполеона подчеркивали равенство мужа и жены, например: «Супруги обязаны к взаимной верности, помощи, поддержке»¹, в целом мужчина занимал в семье господствующее положение. Особенно это заметно в статьях регулирующих имущественные отношения супругов. По общему правилу предусматривался режим общности для имущества мужа и жены. При таком режиме распоряжение семейным имуществом полностью предоставлялось мужу, который мог действовать без участия и согласия жены. В нарушении общего правила о режиме общности имущества для мужа и жены муж по Кодексу: «Один управляет имуществом, входящим в общность. Он может его продать, отчуждать и устанавливать на него ипотеку, без участия жены»². В ст. 217 более наглядно прослеживаются имущественные ограничения жены: «Жена, даже при отсутствии общности имущества супругов или при раздельности их имущества, не вправе отчуждать, закладывать, приобретать, по возмездному и безвозмездному основанию, без участия мужа в сделке или без его письменного разрешения»³. Кодекс предусмотрел возможность и иных имущественных отношений супругов, в частности, режим раздельного владения. Но даже в этом случае жена, пользуясь своим иму-

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 2. - М.: Юрист, 1996, ст. 212 ФГК 1804 г.

² Там же., ст. 141 ФГК 1804 г.

³ Там же. С 305.

ществом и доходами от него, не могла отчуждать без согласия мужа свою недвижимость.

Другими словами, имущественные отношения супругов во Франции регулируются брачным договором, который ввиду своей важности должен быть непременно совершен в нотариальной форме. Имущественные отношения между супругами могут быть определены договором по одной из следующих четырех систем, нормированных законом:

1) система общности имущества, при которой образуется единая имущественная масса из всего приобретенного каждым супругом, при чем эта масса во время брака находится в управлении мужа, а по прекращению брака делится пополам;

2) дотальная система, при которой приданое жены поступает в управление мужа, тогда как прочее имущество жены обособляется под управлением жены;

3) система раздельности имущества;

4) система, исключаящая общность, не отличается особо определенными чертами и редко встречается в жизни. Если супруги не заключили брачного договора, то отношения определяются системой общности имущества, которая признается законодателем наиболее отвечающей идее брака и соответствующей историческим началам.

Имущественные права жены были расширены с принятием 13 июля 1907 года закона о праве замужней женщины на трудовую деятельность.

Следуя логике римских юристов, французские законодатели ограничили право супругов совершать дарение между собой. Согласно ст. 1096 ГК, «все дарения, совершенные между супругами во время брака, хотя бы эти дарения были квалифицированы как дарения между живыми, всегда являются отмененными. Отмена может быть произведена женой без разрешения мужа и суда»¹. Кроме того, жена ограничивается в возможности выступать самостоятельным субъектом дарения: «Замужняя женщина не может совершать дарения между живыми без содействия или специального согласия ее мужа или без разрешения суда сообразно с тем, что предписано ст.ст. 217 и 219 титула «О браке». Она не нуждается ни в согласии мужа, ни в разрешении суда, чтобы сделать распоряжение посредством завещания»². И лишь в XX веке, а точ-

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 2. - М.: Юрист, 1996/ С. 321.

² Там же, ст. 905 ФГК 1804.

нее, после издания Закона 1965 г. супруги получили право изменять режим брака и порядок владения супружеским имуществом в течение совместной жизни, что ранее им было запрещено. Новый режим должен был утверждаться судом высшей инстанции, который проверял, чтобы такое изменение соответствовало интересам семьи¹. С принятием Закона от 23 декабря 1985 г. каждый из супругов получил равные права на общее имущество и мог самостоятельно совершать акты по управлению и распоряжению совместной собственностью, за исключением актов, способных серьезно отразиться на общем достоянии². Помимо легального режима (совместное владение), получили распространение сепаратные режимы супружеского имущества: разделение имущества и участие в совместном имуществе. Последний режим, введенный Законом 1965 года, позволял супругам иметь раздельное имущество в ходе брака, а при ликвидации этого режима - получить долю от совместно нажитого имущества.

Германское уложение не знало легальной власти мужа над женой, однако не признавало и равенства мужчины и женщины в браке. ГГУ признало общим для всех браков режим общности имущества с правом мужа этим имуществом пользоваться и управлять. По этой системе имущество жены, принадлежащее ей до брака или приобретенное ею во время брака, остается ее собственностью, но находится в управлении и использовании мужа согласно параграфа 1363 ГГУ: «Силою заключения брака имущество жены подчиняется управлению и пользованию мужа (внесенное имущество). К внесенному имуществу относится также имущество, которое жена приобретает во время брака»³. Согласно этого параграфа, правомочия мужа достаточно велики, ему принадлежит право владения вещами. Помимо режима «внесенного имущества» ГГУ установило и режим «отдельного имущества» жены, на которое не простирается власть мужа. «Отдельное имущество» жены

¹ Батыр К.И., Поликарпова Е.В. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т. 2. - М.: Юрист, 1996. Ст. 1396, 1397 ФГК 1804.

² Там же, ст. 1422, 1424 ФГК 1804.

³ Параграф 1363 ныне гласит так: "(1) Супруги живут в режиме имущественных правоотношений, установленном законом, если имущество, приобретенное супругом до брака, является индивидуальной собственностью этого супруга, а имущество, приобретенное в браке, является общей собственностью, при условии что брачным контрактом не установлено иное. (2) Имущество мужа и имущество жены не становятся общим имуществом супругов; то же действует в отношении имущества, которое каждый супруг приобретает после заключения брака. Увеличение стоимости имущества супругов, достигнутое ими в браке, считается принадлежащим в равных долях обоим супругам, если указанный режим имущества прекратится".

включает в себя личные вещи, а также то имущество, которое она получит по наследству, в силу дарения, а также все то, что жена приобретает своим трудом или самостоятельным ведением какого-либо предприятия. Анализ параграфов ГГУ показал, что система имущественных правоотношений супругов была благоприятна для замужней женщины. И все-таки равенства со статусом мужа в Германии женщина еще не получила.

Изменения в имущественном положении жены, произошедшие в конце XIX и начале XX веков и получившие законодательное оформление в основных правовых источниках, были итогом экономических преобразований. Торгово-промышленный переворот толкнул женщину на путь самостоятельного труда, а вместе с тем и заработка. Имущественное положение, завоеванное женщиной, отразилось и на ее положении в семье. Вопреки мнению Потье, что господство мужа вытекает из естественного права, вопреки мнению Спенсера, что «закон в будущем будет продолжать давать перевес мужу, как обладающему большим юридическим смыслом»¹, новейшее законодательство хотя и несмело, но неуклонно идет к освобождению жены из-под власти мужа и к уравниванию супругов в имущественных отношениях.

Эту позицию более четко можно проследить в швейцарском кодексе 1907 г., который последовательно проводит принцип государственного вмешательства в семейную жизнь. Для защиты интересов жены полномочия мужа ограничиваются судом.

По пути выравнивания имущественных отношений шли и страны англо-саксонской правовой системы, а именно Великобритания. Формально дееспособность замужней женщины была признана законом 1935 г. По этому закону предусматривается не только взаимная материальная поддержка, но и право каждого из супругов претендовать на определенную долю доходов, которые дает общее имущество. Сохраняется и такое традиционное право английских супругов, как ответственность мужа по долгам жены. Закон установил режим раздельного семейного имущества супругов, который не допускает устанавливать никаких прав в отношении имущества друг друга, при этом не исключается возможность уплаты алиментов нуждающемуся супругу. Однако Англия пришла к

¹ Рейнке. Движение законодательств об имущественных правах замужней женщины. // Журнал гражданское и уголовное право. - 1884, №3.

признанию равенства между супругами не сразу. В Англии еще не так давно брак имел своим последствием слияние в юридическом отношении лица жены с лицом мужа (coverture), так что муж не мог совершить договора с женой, потому что нельзя вступать в договоры с самим собой, а договоры, заключенные до брака, прекращались в силу слияния. Так как по английскому праву преобладание в семье дано мужу, то дело сводилось к полному подчинению всего имущества обоих супругов одному мужу. Он имел право на всю движимость, приобретенную женой ее личным трудом. Ему принадлежало право пользования недвижимостью, которую жена получала в виде приданого, дара, наследства при этом законодательство ограничивало его в праве распоряжения. Законы 1870 и 1874 гг. сделали первую попытку поставить жену в более независимое положение. За ней признавалось право на ее личные заработки, литературные гонорары, на доход от промысла и торговли, которые она получает независимо от мужа. Приобретаемая ей движимость по дарению или наследству не свыше 200 ф. ст., а также доходы с принадлежащих ей недвижимостей составили ее исключительное право. Наконец, закон 1882 г. установил полную раздельность в имущественных отношениях супругов, признав за незамужней женщиной материальную и процессуальную дееспособность. В том же духе составлен закон 1893 г., определяющий отношение замужней женщины к третьим лицам по заключенным сделкам.

Русское законодательство установило полную раздельность имущества между супругами. Однако такой подход к решению вышеобозначенной проблемы у русских законодателей сформировался не сразу. По мнению историков Сергеевича, Владимирского-Буданова, имущественные отношения супругов прошли три исторических этапа: «На первом (древнейшем этапе) устанавливается личная и имущественная зависимость жены от мужа; на втором этапе до XVIII века господствует начало общности семейных имуществ лишь с некоторыми исключениями в пользу раздельности; и только на третьем этапе, с XVIII века, устанавливается законом полная раздельность имущества супругов»¹. Анализируя положения гражданского уложения, можно сделать некоторые общие выводы, которые обосновывают принцип раздельности имущества, а именно: брак позволяет супругам иметь и приобретать отдель-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник гражданского права. Т. 2.

ную собственность; приданое жены, равно как имущество, приобретенное ею на свое имя во время замужества через куплю, дар, наследство или иным законным способом, признается ее собственностью; из принципа раздельности имущества вытекает возможность для каждого супруга распоряжаться своим имуществом от своего имени, независимо от воли друг друга, и не испрашивать на то дозволения; супругам разрешается вступать между собой во всевозможные сделки дарственного и возмездного свойства; супруги не обязаны отвечать своим имуществом по долгам друг друга. Законодатель постарался рассмотреть и более спорные вопросы, которые возникают при разделе имущества, приобретенного во время брака совместно, то есть на средства обоих супругов. Трудность заключается в том, что при разделе этого имущества очень трудно определить долю, на которую может претендовать каждый из супругов. Гражданское уложение закрепило следующее правило: «Вещи, входящие в общее имущество, принадлежат тому супругу, с которого производится взыскание, пока не будет доказано противного»¹.

Кроме того, следуя логике римских и европейских юристов, а также обычаю, законодатель обязал мужа содержать жену. Величина содержания, на которое имеет право жена, определяется потребностями жены и средствами мужа, или, как говорит закон, «муж обязан позволять жене пропитание и содержание по состоянию и возможности своей». Доля средств мужа, которая должна пойти на содержание жены не может быть заранее определена. При этом закон предоставляет мужу право требовать уменьшения суммы, выдаваемой жене на содержание, если он докажет сокращение своих доходов, в то же время законодатель не лишил и жену права требовать увеличения этой суммы, когда она докажет повышение доходов мужа.

Современные российские законодатели, учитывая собственный опыт и опыт зарубежных стран, закрепили в семейном законодательстве принцип равенства супругов как в личных, так и в имущественных правах, позволяющий им устанавливать равные права на это имущество. Согласно ст. 31 СК РФ: «Ни один из них не имеет каких-либо преимуществ перед другим в правах владения, пользования, распоряжения». Кроме этого, в СК РФ в п. 1 ст. 34 дается определение сов-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник гражданского права. Т. 2.

местно нажитому имуществу: «Имущество, нажитое супругами во время брака, является их совместной собственностью». Все вопросы по управлению имуществом должны решаться только на основе их обоюдного соглашения (ст. 35 СК РФ). При недостижении соглашения они могут обратиться за разрешением спора в суд. Кроме этого, с учетом тех изменений, которые происходят в обществе, наши законодатели признали необходимым закрепить договорной режим имущества. Основой этого является брачный договор.

Брачный договор представляет собой одну из разновидностей гражданско-правового договора, обладающего определенной спецификой. Брачный контракт представляет собой соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее взаимные права и обязанности в браке и (или) в случае его расторжения. Суть брачного договора - установление того или иного правового режима имущества супругов, причем условия договора могут регулировать не только уже существующие имущественные права, но и те, которые будут приобретены супругами в период брака.

Определение брачного договора является вполне универсальным и применяется в семейном праве большинства государств. Причем, эта форма имущественного взаимоотношения весьма популярна в западных странах. В России этот институт применяется не столь широко, но в то же время стороны брачных отношений все больше обращаются к данной гражданско-правовой сделке, по причине того, что именно этот договор становится основным способом защиты имущества в период брака и после его расторжения.

Проследив историю имущественных отношений супругов, можно сделать вывод о том, что брачный договор - это именно та юридическая форма, которая позволит субъектам брачных отношений сохранить человеческий облик, решая споры, вытекающие из этих отношений.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРОЯВЛЕНИЯ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В СУДЕ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Томина А.П. -

старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса

Усиление состязательных начал является одной из основных тенденций развития процессуального законодательства, в настоящее время каждый процессуальный институт определенным образом стремится к соответствию состязательной модели. Основа состязательности - полярность интересов сторон, возложенное на них бремя доказывания, наделение сторон широкими полномочиями по осуществлению предоставленных прав. Указанные факторы отражают наиболее важные составляющие права на судебную защиту и отмечаются многими исследователями¹.

Любой вид проверки судебных постановлений по гражданским делам как часть (стадия) гражданского судопроизводства должен в целом подчиняться действию принципов гражданского процессуального права, и, в первую очередь, тем специфическим его началам, которые качественно отличают правосудие по гражданским делам от правосудия по уголовным делам². Исследование теоретических вопросов апелляционного обжалования судебных постановлений предполагает необходимость указать принципы гражданского процессуального права, без реализации которых апелляционное производство немыслимо, которые характеризуют сущность данного института. В первую очередь это касается принципов диспозитивности и состязательности, потому что именно они определяют инициативу и активность сторон. Правильность такого подхода отмечается в процессуальной литературе³.

Обращение заинтересованного лица в апелляционную инстанцию обязывает ее проверить законность и обоснован-

¹ См.: Кашепов В.П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации. // Государство и право. 1998. №2. С. 69; Решетникова И.В. Состязательная система доказывания: новеллы АПК РФ. // Российская юстиция. 2003. №9. С. 31.

² См.: Чистякова О.П. Проблема активности суда в гражданском процессе. - М., 1997. С. 97.

³ См.: Борисова Е.А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. - М.: Городец. 2000. С. 52.

ность постановления мирового судьи по правилам производства в суде первой инстанции (ст. 327 ГПК РФ), апелляционная инстанция вправе вторично рассмотреть дело по существу.

Следовательно, к апелляционному производству должны применяться в полной мере правила о подготовке дела к судебному разбирательству (глава 14 ГПК РФ), о судебном разбирательстве (глава 15 ГПК РФ), в частности, о порядке судебного заседания, представлении и исследовании доказательств и так далее. Принятие решения судом апелляционной инстанции должно осуществляться по правилам главы 16 ГПК РФ «Судебное решение».

На первый взгляд, приведенные положения говорят в пользу реализации принципа состязательности в законодательном регулировании апелляционного производства в полной мере. Данный вывод подтверждается в процессуальной литературе¹. Однако он не бесспорен. Следует проанализировать положения закона, касающиеся производства в суде апелляционной инстанции, выяснить, в чем именно заключается действие принципа состязательности, а также сделать вывод о наличии или отсутствии специфики в проявлении данного принципа.

Предпосылкой состязательного производства в районном суде призвано быть содержание апелляционной жалобы (ст. 322 ГПК РФ). В апелляционной жалобе может быть ссылка на письменные и любые другие доказательства (ходатайство о вызове свидетелей, о назначении экспертизы, об истребовании письменных или вещественных доказательств).

Одним из важнейших проявлений принципа состязательности в апелляционной инстанции является содержание нормы ч. 5 ст. 322 ГПК, в соответствии с которой апелляционные жалоба, представление и приложенные к ним документы представляются с копиями по числу лиц, участвующих в деле, которым суд обязан их направить в соответствии со ст. 325 ГПК РФ, для возможности указанных субъектов своевременно ознакомиться с доводами жалобы, представления, подготовиться к защите своих прав и, в случае необходимости, представить письменные объяснения (возражения) и дополнительные доказательства. Норма части 2 данной статьи закрепляет

¹ См.: Гражданское процессуальное право. Учебник. / Под ред. М.С. Шакарян. - М.: Проспект. 2004. С. 395; Гражданский процесс России. Учебник. / Под ред. М.А. Вкут. - М.: Юристъ. 2004. С. 363.

право лиц, участвующих в деле, представить мировому судье в письменной форме объяснения (возражения) относительно апелляционной жалобы, представления с приложением документов, их подтверждающих, и их копий по числу лиц, участвующих в деле. Лица, участвующие в деле, вправе ознакомиться с материалами дела, поступившими с жалобой, представлением и возражениями относительно них.

Реализация принципов равноправия и состязательности в апелляционной инстанции должна обеспечиваться и тем, что поступившие объяснения и приложенные к ним копии документов мировой судья должен направить лицу, подавшему жалобу, и другим лицам, участвующим в деле, с тем, чтобы они заранее знали основания возражений другой стороны против жалобы и могли бы подготовиться к их опровержению.

Однако в главе 39 ГПК, посвященной апелляционному производству, нормы, обязывающей суд направить апеллянту копии указанных документов, не содержится. Анализ судебной практики рассмотрения конкретных дел позволяет сделать вывод: мировые судьи не во всех случаях направляют апеллянту возражения на жалобу и другие поступившие в суд документы¹.

В целях реализации принципа состязательности необходимо дополнить ч. 2 ст. 325 ГПК РФ нормой, обязывающей мирового судью направить апеллянту копии объяснений (возражений) и других материалов, представленных лицами, участвующими в деле. Таким образом, речь идет о необходимости нормативно упорядочить обмен состязательными бумагами.

Аналогично должна решаться проблема и в случае, когда лицо, участвующее в деле, хотело бы откликнуться на жалобу, представив объяснения (возражения) мировому судье, но десятидневный срок уже истек, и материалы дела переданы в районный суд. Едва ли целесообразно в этом случае требовать от мирового судьи отправить апеллянту и другим лицам, участвующим в деле, копии объяснений (возражений) и другие документы, поскольку материалы дела находятся уже в рай-

¹ Из 126 анализируемых гражданских дел о расторжении брака, рассмотренных мировыми судьями судебного участка №4 г. Оренбурга в 2006 году, были обжалованы в порядке апелляции 33. В девятнадцати случаях объяснения (возражения) лиц, участвующих в деле, были представлены непосредственно в суд апелляционной инстанции. В восьми случаях объяснения (возражения) лиц, участвующих в деле, были представлены мировому судье и по истечении 10 дней переданы вместе с другими материалами дела в суд апелляционной инстанции. И только в одном случае именно мировой судья направил копии объяснений (возражений) апеллянту (Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга. Дело №8.2/91-06).

онном суде. Поскольку указанная ситуация законом не урегулирована, **следует предусмотреть норму, на основании которой мировой судья был бы вправе возвратить объяснения (возражения) лицу, их представившему, и объяснить необходимость и возможность их подачи в районный суд апелляционной инстанции.**

Редакционно она может выглядеть следующим образом:

Статья 325.1. Действия мирового судьи после получения объяснений (возражений) на апелляционную жалобу, представление, после передачи дела в суд апелляционной инстанции.

Мировой судья после получения объяснений (возражений) на апелляционную жалобу, представление, после передачи дела в суд апелляционной инстанции выносит определение об их возвращении лицу, их подавшему.

Мировой судья разъясняет право представить объяснения (возражения) в суд апелляционной инстанции.

Копия соответствующего определения направляется лицам, участвующим в деле.

Осуществление судом второй инстанции проверки законности и обоснованности решения мирового судьи не предполагает (ч. 2 ст. 322 ГПК РФ) возможности предъявления новых требований, не заявленных в суде первой инстанции¹. Часть 3 ст. 257 АПК РФ содержит аналогичное правило. Но в соответствии со ст. 265 АПК РФ, арбитражный суд апелляционной инстанции обязан прекратить производство по апелляционной жалобе (в части этих требований), если в апелляционной жалобе заявлены требования, которые не были предметом рассмотрения в суде первой инстанции. ГПК РФ подобной возможности не предусматривает.

Действительно, возможность предъявления новых требований в апелляционном производстве противоречила бы процессуальной экономии, так как могло бы оказаться, что в суде первой инстанции рассматривается только часть исковых требований, в то время как остальную часть требований стороны могли бы «приберегать» для предъявления в апелляционном суде. На это обстоятельство обращал внимание

¹ На этом основании в теории сделан вывод о том, что “тем самым законодатель устанавливает предмет доказывания по делу суда апелляционной инстанции. Он не может быть отличным от предмета доказывания по делу суда первой инстанции”. (См. Шакирьянов Р.В. Рассмотрение гражданских дел в апелляционном и кассационном порядке по новому ГПК РФ. // Право и экономика. №7. 2003. СПС “Консультант Плюс”, раздел “Комментарии законодательства”). Вывод является верным только в том случае, когда предмет доказывания правильно определен судом первой инстанции. Если же суд первой инстанции допустил здесь ошибку, то суд апелляционной инстанции обязан ее исправить.

А.Д. Кейлин¹, рассматривая, однако, процессуальную экономию как самостоятельный принцип процесса, с чем трудно согласиться.

В свете этого особое значение приобретает оценка ситуации, предложенная К.И. Малышевым: «Принцип неизменности исковых требований имеет определенный, ограниченный смысл и состоит в том, что исковое отношение, как предмет процесса и решения, должно оставаться тождественным в течение всего производства, так чтобы суд второй инстанции под предлогом апелляции не решал дела о новом иске, который и может, и должен быть предъявлен особо, в надлежащем суде первой инстанции»². Поэтому объем доказательственной деятельности в суде апелляционной инстанции, как правило, ограничивается предметом доказывания, сформулированным в суде первой инстанции.

С целью реализации принципа состязательности необходимо дополнить ГПК нормой, предусматривающей обязанность суда апелляционной инстанции прекратить производство по апелляционной жалобе в части новых требований, которые не были предметом рассмотрения в суде первой инстанции.

В более детальном правовом регулировании нуждаются правоотношения в суде апелляционной инстанции при подготовке дела к судебному разбирательству. Не определен объем полномочий участников процессуальной деятельности на указанном этапе в свете реализации целей и задач стадии апелляционного пересмотра. Представляется спорным обязывать судью проводить подготовку дела к судебному разбирательству с той же целью, что и судью первой инстанции - то есть с целью дальнейшего правильного и своевременного разрешения дела по существу.

Существенной особенностью подготовки к судебному разбирательству дела по жалобе (представлению) является распределение обязанности совершения подготовительных действий между мировым судьей и судьей районного суда. В соответствии с нормой ч. 1, 2 ст. 325 ГПК РФ, суд первой инстанции в лице мирового судьи направляет лицам, участвующим в деле, копии жалобы, представления и приложенных к ним документов, принимает письменные возражения относительно апелляционной жалобы, предоставляет лицам, участ-

¹ См.: Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. - М., 1958. С. 264.

² Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. - СПб., 1874. С. 237.

вующим в деле, возможность ознакомиться с материалами дела и поступившими жалобой (представлением), а также возражениями относительно них.

Подготовительные действия районного суда с учетом положений ст. 325 ГПК РФ сводятся к ознакомлению с поступившим делом, назначением даты апелляционного рассмотрения дела, извещению лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания.

Так как в апелляции проверяется законность и обоснованность вынесенного мировым судьей решения, при подготовке дела к судебному разбирательству судья районного суда должен акцентировать внимание на доводах апелляционной жалобы (представления), по которым апеллянт считает решение незаконным и необоснованным, и принять меры к рассмотрению в судебном заседании новых доказательств (если они представлены).

В судебной практике нередки случаи, когда при рассмотрении дела в суде апелляционной инстанции судья не усматривает необходимости в собирании новых доказательств, а также, изучив материалы дела, не усматривает оснований для отмены решения мирового судьи, предполагая, таким образом, оставить решение без изменения. В таких случаях необходимость проведения подготовки дела к судебному разбирательству как самостоятельного этапа процессуальной деятельности признается не всеми практическими работниками.

Вместе с тем, такая позиция является ошибочной. Действительно, судье апелляционного суда, изучающему материалы дела, может казаться, что мировой судья не допустил нарушений закона. Но повторный процесс необходим именно для того, чтобы в состязании сторон это выяснить. В указанных случаях неверно полагаться на усмотрение судьи и считать, что подготовка дела к судебному разбирательству в апелляционной инстанции не нужна, поскольку это противоречит состязательному принципу гражданского процессуального права. Безусловно, подготовка дела к судебному разбирательству необходима в стадии апелляционной проверки, но с учетом потребностей практики.

Так, на решение по делу Г. к М. о возмещении ущерба, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия, была подана апелляционная жалоба. На этапе подготовки дела к судебному разбирательству ни суд, ни стороны не увидели необходимости устанавливать вновь все обстоя-

тельства дела, поскольку выводы мирового судьи о фактах не вызывали возражений, поэтому речь шла о необходимости обсуждения только доводов жалобы¹. Вполне понятно, что подготовка дела к судебному разбирательству не заняла много времени.

В целях процессуальной экономии и своевременного рассмотрения дела по жалобе в таких случаях уместно в законе наличие нормы, разрешающей проведение и подготовки дела к судебному разбирательству, и собственно судебного разбирательства в один день. Тем более, что в судебной практике подобное решение вопроса встречается достаточно часто и не противоречит положениям ГПК РФ².

Следовательно, ГПК нуждается в дополнении нормой следующего содержания.

Статья 326.1. Подготовка дела к судебному разбирательству в суде апелляционной инстанции.

Подготовка дела к судебному разбирательству в суде апелляционной инстанции является обязательной по каждому гражданскому делу и проводится судьей с участием лиц, участвующих в деле, и их представителей.

Суд апелляционной инстанции вправе проводить подготовку дела к судебному разбирательству и рассматривать дело по жалобе (представлению) в один день в целях процессуальной экономии и при отсутствии возражений со стороны лиц, участвующих в деле.

Апелляционная инстанция, рассматривая дело по существу, повторно, должна проверять законность и обоснованность принятого мировым судьей решения, при этом исправлять допущенные судом первой инстанции ошибки, в то время как ст. 327 ГПК РФ эти особенности апелляционного производства в полной мере не отражает. Показательным примером может служить норма ст. 266 АПК, в соответствии с которой арбитражный суд апелляционной инстанции рассматривает дело в судебном заседании по правилам рассмотрения дела арбитражным судом первой инстанции с особенностями, предусмотренными главой 34 АПК. На наш взгляд, существенное значение имеет указание данной нормы на особенности производства в суде апелляционной инстанции, что выгодно отличает ее от формулировки ст. 327 ГПК.

¹ Архив судебного участка №4 г. Оренбурга. Дело №8. 2/121-06.

² Обобщения судебной практики по судебному участку №4 Ленинского района г. Оренбурга. Наряд №15, индекс 04-02. Начат 11.01.2005.

Целью деятельности апелляционного суда должна быть, в первую очередь, проверка законности и обоснованности решения мирового судьи, поэтому при повторном рассмотрении дела по существу нужно отличать направленность деятельности апелляционной инстанции как от судов первой инстанции, так и от судов кассационной инстанции. В противном случае это приводит к рассмотрению районными судами дела по правилам производства в суде первой инстанции без учета целей и задач апелляционного производства¹.

Мировой судья Агинского судебного участка Читинской области Б. Базаров обращал внимание на возможность нарушения принципа состязательности в апелляционном производстве. Несмотря на то, что эти проблемы он анализировал на основе норм ГПК РСФСР, актуальность их очевидна и в настоящее время, поскольку данные вопросы регулируются ГПК РСФСР и ГПК РФ одинаково.

Согласно ст. 327 ГПК РФ, при рассмотрении дела в апелляционном порядке судья районного суда проверяет законность и обоснованность решения мирового судьи по правилам производства в суде первой инстанции. При этом могут устанавливаться новые факты и исследоваться новые доказательства по делу, ограничений по поводу представления которых закон не предусматривает. Вместе с тем, рассматривая гражданское дело по жалобе на решение районного судьи, суд кассационной инстанции, в соответствии со ст.ст. 339 и 347 ГПК РФ, требует от лица, подавшего жалобу, обоснования того, что при рассмотрении дела по первой инстанции не было возможности представить доказательства, на которые сторона ссылается в кассационной жалобе. Если такая возможность была, то доказательства не принимаются во внимание.

Таким образом, делает вывод Б. Базаров, районный и мировой судьи ставятся как бы в неравное положение: сторона, не представившая доказательства при рассмотрении дела у мирового судьи, то есть не подготовившаяся к процессу, имеет возможность в течение 10 дней собрать дополнительные доказательства и представить их в апелляционную инстан-

¹ Обзор судебной практики функционирования апелляционных инстанций Ленинского районного суда г. Оренбурга за первый квартал 2006 года (например, дело №8.2/121-06, 8.2/143-06 и др., при рассмотрении которых судьи заново устанавливали все фактические обстоятельства дела, несмотря на возможность ограничиться проверкой правильности выводов мирового судьи о них). Такую практику как негативную оценивает также В.М. Жуйков. См.: Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. - М.: СТАТУТ, 2006. С. 87.

цию. В результате решение мирового судьи изменяется либо отменяется.

По его мнению, это положение ст. 327 ГПК РФ противоречит принципам равноправия и состязательности, закрепленным в ст. 6 ГПК: «При такой ситуации едва ли не каждое решение мирового судьи может быть изменено или отменено, поскольку сторона представила новые доказательства»¹. Чтобы решение мирового судьи не было впоследствии отменено, он должен принимать в ходе слушания дела сторону истца или ответчика, который не представил необходимых доказательств, подсказывать ему, какие из них и где следует получить. Иначе говоря, судья вынужден брать на себя функции адвоката или представителя одной из сторон, что является, конечно, неприемлемым. Именно поэтому положение ст. 327 ГПК, по мнению Б. Базарова, «целесообразно изменить, как не отвечающее принципам гражданского процесса»².

Из приведенных рассуждений для настоящего исследования важно указание на реальную угрозу понимания производства у мирового судьи как предварительного слушания перед основным рассмотрением в районном суде. Участник процесса, имеющий возможность представить любые доказательства в вышестоящую инстанцию, лишен стимула к проявлению полной активности по сбору доказательственного материала при рассмотрении дела по существу. Думается, возможность представления доказательств в апелляционном производстве должна быть ограничена случаями, когда участник не имел возможности предъявить доказательства мировому судье³. В то же время, как справедливо отмечает В.В. Азаров, «суд апелляционной инстанции повторно рассматривает дело, проверяет как законность, так и обоснованность судебных актов, и столь явное ограничение действия принципа состязательности, как установление крайне жестких условий принятия новых доказательств в этой инстанции вряд ли уместно»⁴.

Такой подход к решению вопроса можно проследить в рассуждениях Е.А. Борисовой, хотя эти проблемы она связы-

¹ См.: Базаров Б. При апелляционном производстве возможно нарушение принципа состязательности. // Российская юстиция. №3. 2002. С. 41.

² Там же.

³ С таким решением проблемы соглашается также В.М. Жуйков. См.: Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. - М.: СТАТУТ, 2006. С. 86-87.

⁴ Азаров В.В. Принятие дополнительных доказательств арбитражным судом апелляционной инстанции и принцип состязательности. // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. №11. С. 26.

вает не с состязательностью судопроизводства, а с принципом концентрации процесса¹.

По смыслу ст. 322 ГПК, апелляционная жалоба или представление должны содержать указание на обжалуемое решение мирового судьи, а также доводы жалобы, представления. Очевидно то, что эти доводы зависят от содержания решения и конкретных обстоятельств дела. Необходимость указания на эти обстоятельства подтверждает «производность» действий суда апелляционной инстанции от действий и решения суда первой инстанции².

В этой связи нельзя обойти вниманием и проблему «предварительных», «немотивированных» жалоб. Существующая практика, безусловно, нуждается в изменениях, что возможно только в случае внесения корректив в действующее законодательство. Процессуалисты правы, когда констатируют обусловленность этого явления предусмотренными в законе сроками на составление мотивированного решения и подачу жалобы, которые представляются недостаточными³.

Норма ч. 2 ст. 193 ГПК предусматривает правило, в соответствии с которым при объявлении только резолютивной части решения судья обязан разъяснить, когда лица, участвующие в деле, их представители могут ознакомиться с мотивированным решением. В обозначенный день мотивированное решение может быть не готово, вследствие чего дата изготовления и подписания мотивированного решения может не соответствовать дате, когда сторона получила копию полного решения. Результатом может быть пропуск срока на подачу апелляционной жалобы. Чтобы этого избежать, в судебной практике принято подавать «предварительную» жалобу, что предполагает в дальнейшем уточнение приведенных в ней доводов с учетом содержания решения мирового судьи уже в суде апелляционной инстанции.

Указанная ситуация затрудняет реализацию принципа состязательности в суде апелляционной инстанции. Если сто-

¹ См.: Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. - М.: Городец. 2006. С. 159.

² В этой связи представляется весьма спорным мнение С.К. Загайновой о том, что «суд апелляционной инстанции заново устанавливает факты, имеющие значение для дела» (См. Гражданский процесс. Учебник. / Под ред. В.В. Яркова. - М., 2004. С. 429). На наш взгляд, в том, чтобы заново устанавливать факты, которые уже установлены, нет никакого практического смысла. Другое дело - проверить законность и обоснованность выводов суда первой инстанции об этих фактах.

³ См. подробные рассуждения по данному вопросу: Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. - М.: Городец. 2006. С. 168-174. Жуйков В.М. Указ. соч. С. 93-94.

рона вынуждена подавать немотивированную жалобу, чтобы не истек установленный законом срок на ее подачу, это неизбежно ведет к снижению эффективности производства в суде апелляционной инстанции. А именно, отсутствие в «предварительной» апелляционной жалобе ссылок на конкретные проявления незаконности и необоснованности решения суда первой инстанции влекут невозможность подтвердить это доказательствами. Если формулировка апелланта нуждается в уточнении, то все другие лица, участвующие в деле, не смогут вовремя отреагировать и полноценно и своевременно подготовиться к состязанию. Таким образом, решение этих вопросов переносится в апелляционную инстанцию, тогда как должно было состояться до рассмотрения жалобы по существу.

В процессуальной литературе предлагается минимизировать указанные негативные явления, увеличив срок на подачу как апелляционной, так и кассационной жалобы¹, с чем следует согласиться.

Таким образом, представляется правильным положение о том, что суд апелляционной инстанции проверяет законность и обоснованность постановления мирового судьи посредством повторного рассмотрения дела по правилам производства в суде первой инстанции. Однако «независимость» такой проверки от доводов апелляционной жалобы или представления представляется весьма условной. Норма ст. 327 ГПК РФ имеет излишне общий характер и должна была бы рассматриваться с учетом специальных правил, которых в законе, к сожалению, нет. ГПК содержит подобные формулировки применительно к другим случаям, например, дела особого производства, дела, возникающие из публичных правоотношений, рассматриваются по правилам искового производства, но *с учетом специально установленных изъятий и дополнений* (курсив мой - А.Т.), которые позволяют учесть специфику спорных материальных правоотношений (ст. 246, 263 ГПК РФ). Поэтому необходимо редакцию ст. 327 ГПК изменить следующим образом.

Статья 327. Рассмотрение дела судом апелляционной инстанции.

Суд извещает лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания.

¹ Комментарий к ГПК РФ (постатейный). / Под ред. Г.А. Жилина. - М., 2003. С. 596; Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. - М.: Городец. 2006. С. 171.

Рассмотрение дела судом апелляционной инстанции проводится по правилам производства в суде первой инстанции, но с учетом специально установленных в настоящей статье изъятий и дополнений.

Суд вправе устанавливать новые факты и исследовать новые доказательства, если не усматривается процессуальная недобросовестность лиц, не представивших доказательства в суд первой инстанции.

Обстоятельства дела, которые признаны, удостоверены лицами, участвующими в деле, в порядке, установленном ст. 68 настоящего Кодекса, и приняты судом первой инстанции, не проверяются судом апелляционной инстанции.

В случае, если в порядке апелляционного производства обжалуется только часть решения, суд апелляционной инстанции проверяет законность и обоснованность решения только в обжалуемой части, если при этом лица, участвующие в деле, не заявят возражений.

Суд апелляционной инстанции обязан прекратить производство по апелляционной жалобе в части новых требований, которые не были предметом рассмотрения в суде первой инстанции.

Суд апелляционной инстанции проверяет законность и обоснованность решения мирового судьи, исходя из доводов, изложенных в апелляционной жалобе, представлении и возражениях относительно жалобы, представления. Выход за пределы апелляционной жалобы, представления должен быть мотивирован судьей районного суда в апелляционном решении или апелляционном определении.

Другой аспект рассматриваемой проблемы касается возможности реализации активных полномочий суда. Поскольку принцип состязательности представляет суду в определенных случаях право активного действия в процессе отыскания истины по делу, то необходимо определить пределы самостоятельности суда: то есть в каких случаях можно допустить исключение из начала автономии сторон, в каких пределах возможно уклонение в сторону активности суда.

Здесь можно согласиться с В.Л. Исаченко, а также Е.А. Борисовой, в возможности суда апелляционной инстанции выходить за пределы апелляционной жалобы и рассматривать те или иные стороны дела независимо от предъявленных в апелляционной жалобе требований, без ходатайства о том сторон, в случаях, если в решении суда первой инстанции будут усмотрены такие нарушения, которыми затрагива-

ются интересы законности. В связи с этим апелляционный суд имеет право по собственному усмотрению отменить все то, что противоречит закону и касается правильности отправления правосудия. Речь идет о правилах, определяющих подведомственность гражданских дел суду, подсудность и т.д.¹

В подобных ситуациях за судом апелляционной инстанции должно признаваться право ставить по собственной инициативе вопросы, связанные с применением этих правил, что обусловлено содержанием задач гражданского судопроизводства (ст. 2 ГПК РФ). В процессуальной литературе отмечается: «Прежде чем защитить нарушенные права истца, суд должен правильно, то есть в точном соответствии с действительностью, выяснить взаимоотношения сторон. Не выяснив действительные взаимоотношения сторон, суд не может вынести правильное решение»².

Показательным является следующий пример из судебной практики.

Мировым судьей судебного участка №4 Ленинского района г. Оренбурга был рассмотрен иск Л. к Ж. о возмещении имущественного ущерба, причиненного в результате затопления квартиры. Мировым судьей было вынесено решение, которым исковые требования Л. были удовлетворены в полном объеме. Суд счел исковые требования обоснованными и подтвержденными имеющимися в деле доказательствами. С ответчика были взысканы денежные суммы в возмещение ущерба, а также судебные расходы по делу.

Ответчик Ж. обратился в суд с апелляционной жалобой, в которой просил решение мирового судьи отменить и вынести новое решение об отказе в иске. В результате рассмотрения дела по жалобе районный судья решение отменил со ссылкой на ст.ст. 194-198, 318-329 ГПК РФ. Районный судья счел доводы мирового судьи несостоятельными, поскольку тот неверно оценил имеющиеся в деле доказательства и пришел к выводу, что апелляционная жалоба подлежит удовлетворению³.

В указанной ситуации следует учесть, что судья районного суда действовал в пределах своей компетенции и в рам-

¹ См.: Борисова Е.А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. С. 100-101; Исаченко В.Л. Гражданский процесс. Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства. Т. 4. - СПб., 1912. С. 40.

² Царев М.И. Доказывание в суде второй инстанции в советском гражданском процессе. Автореф. дисс канд. юр. наук. - Л., 1955. С. 5.

³ Архив судебного участка №4 Ленинского районного суда г. Оренбурга. Дело №2-406/06.

ках закона. Однако с точки зрения лица, права которого были нарушены, и которому действительно был причинен ущерб, едва ли можно остаться довольным такой «защитой».

В процессе рассмотрения дела судом первой инстанции установлен факт причинения вреда имуществу истицы, в материалах дела есть доказательства, подтверждающие факт затопления квартиры сверху. И если наверху проживает ответчик, указанный в исковом заявлении, то во главу угла должно ставиться не формальное суждение, основанное на законе, о том, что причина затопления не установлена, и ответчик не может быть привлечен к ответственности, а необходимость защиты прав истицы, факт нарушения которых налицо. В этом случае, представляется, судья должен был, в свете реализации права на судебную защиту, поставить на обсуждение и другие обстоятельства данного дела, с тем, чтобы выяснить, кто же должен возместить истице ущерб. В противном случае, несмотря на фактически залитую квартиру, потраченные на ремонт и уплату госпошлины деньги, трату времени на посещение зала суда - истица в итоге осталась в ситуации даже худшей, как если бы за защитой в суд не обращалась. Можно ли считать, что в этом случае цели гражданского судопроизводства достигнуты? Выполнил ли судья апелляционной инстанции свои обязанности в состязательном процессе?

В данном случае есть смысл стремиться к усилению роли суда в установлении действительных обстоятельств дела, тем более, что главная цель гражданского судопроизводства - защита нарушенных прав - едина для всех стадий процесса, в том числе и для стадий проверки судебных постановлений. 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»¹.

В приведенном примере немаловажная проблема, связанная с реализацией принципа состязательности в суде апелляционной инстанции, касается возможности замены ненадлежащего ответчика и привлечения к участию в деле третьих лиц. Участие в процессе указанных субъектов является одним

¹ 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.

из показателей реализации принципа состязательности в суде апелляционной инстанции.

В законодательстве данная ситуация прямо не урегулирована, а в процессуальной литературе можно выделить две точки зрения. Так, В. Устюжанинов и С. Сапожников, Е.С. Смагина считают невозможным совершение в суде апелляционной инстанции указанных действий, а возможна только процедура процессуального правопреемства¹. Р.В. Шакирьянов, напротив, находит их совершение возможным и необходимым².

На наш взгляд, правильные выводы делают Н.М. Коршунов и Ю.Л. Мареев, отмечая, что, во-первых, замена ответчиков и привлечение третьих лиц без самостоятельных требований в апелляционной инстанции не запрещены процессуальным законом. Во-вторых, эти случаи не влекут изменения требования, рассматривавшегося мировым судьей. В-третьих, третьи лица без самостоятельных требований лишь в пределах рассматриваемого дела могут установить, что действиями суда не нарушены их права и законные интересы. В-четвертых, апелляционная инстанция должна рассмотреть дело по существу; возвращение его мировому судье на новое рассмотрение с привлечением к участию в деле третьих лиц законом не допускается³. Таким образом, поскольку ст. 327 ГПК предполагает, что рассмотрение дела судом апелляционной инстанции проводится по правилам производства в суде первой инстанции, следовательно, здесь применяются положения главы 4 ГПК, в том числе касающиеся возможности замены ненадлежащего ответчика и возможности привлечения в процесс третьих лиц.

Но и предложенное регулирование отношений не отвечает в полной мере потребностям судебной практики: если законом допускается возможность привлечения в суд апелляционной инстанции новых субъектов (третьих лиц, надлежащего ответчика), то возникает угроза нарушения принципа равенства всех перед законом и судом, которая выражается в невозможности таких субъектов обжаловать судебное постановле-

¹ См.: Устюжанинов В., Сапожников С. Апелляционное производство по пересмотру решений и определений мировых судей. // Российская юстиция. 2001. №2. С. 13; Смагина Е.С. Теоретические аспекты апелляционного производства по обжалованию решений и определений мировых судей в российском гражданском процессе. Автореф. дисс канд. юр. наук. - Саратов. 2005. С. 10.

² См.: Шакирьянов Р.В. Апелляционное производство по гражданским делам в районном суде. // Российская юстиция. 2002. №10. С. 40.

³ См.: Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. Гражданский процесс. - М.: Норма, 2004. С. 502.

ние, не вступившее в законную силу. Таким образом, проблема остается при различных подходах к ее решению.

Единственным возможным выходом является закрепление в законе модели неполной апелляции, что дало бы возможность суду, пересматривающему дело по жалобе (представлению), направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции, если усматривается необходимость замены ненадлежащего ответчика и привлечения в процесс третьих лиц. Редакционно ст. 328 ГПК может быть дополнена следующим образом.

Статья 328. Права суда апелляционной инстанции при рассмотрении апелляционных жалобы, представления.

Суд апелляционной инстанции при рассмотрении апелляционных жалобы, представления вправе:

оставить решение мирового судьи без изменения, жалобу, представление без удовлетворения;

изменить решение мирового судьи или отменить его и принять новое решение;

отменить решение мирового судьи полностью или в части и прекратить судебное производство либо оставить заявление без рассмотрения;

отменить решение мирового судьи полностью или в части и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции в случае необходимости замены ненадлежащего ответчика и привлечения в процесс третьих лиц.

Идея закрепить в законе модель полной апелляции является неудачной¹. Во всем, что касается вопросов факта и представления доказательств, стороны должны иметь одинаковые права и обязанности и в апелляционной, и в кассационной инстанциях.

Полная апелляция, при которой не ограничивается возможность представления дополнительных доказательств, является способом устранения доказательственных ошибок и сторон, и суда. Стороны, не проявившие должной активности в суде первой инстанции, могут исправлять свои недоработки, представляя доказательства без каких-либо ограничений.

В условиях состязательного процесса использование института полной апелляции вряд ли оправдано, поскольку участник процесса, рассчитывая на возможность исправления своих ошибок, может быть пассивным либо умышленно в силу

¹ См.: Борисова Е.А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. - М., 2000. С. 63; Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. - М.: Городец. 2004. С. 192.

каких-нибудь причин временно скрывать доказательственный материал. Поэтому более эффективным следует считать вариант неполной апелляции, при которой доказательственные ошибки суда первой инстанции исправляются без каких-либо ограничений, а возможность исследования дополнительных доказательств по инициативе сторон ограничивается.

Доказательственная деятельность не может продолжаться неограниченно долго. Возможность бесконечно пересматривать результаты доказывания снижает активность лиц, участвующих в деле, и, в конечном счете, эффективность правосудия.

М. Гоняев в свое время сделал справедливое замечание о последствиях применения правил полной апелляции, которое заключается в том, что «тяжущиеся приучились смотреть уже несерьезно на решения первой инстанции по спорным делам; они заблаговременно устремляют свои взоры и надежды за пределы этого решения, приберегают свои главные удары для апелляционной инстанции. Это удручающе действует на судей первой инстанции и в иных ослабляет твердое сознание своего права и своего долга»¹.

Доказательства по делу должны собирать стороны, обращаясь в необходимых случаях к помощи суда. Это положение, основанное на принципе состязательности, должно иметь место как при рассмотрении дела в суде первой инстанции, так и при рассмотрении дела в апелляционном суде.

В этой связи целесообразно организовать деятельность суда первой инстанции таким образом, чтобы при пересмотре дела не возникало сомнений в том, что сторонам была разъяснена необходимость представления доказательств и правовые последствия их непредставления, выражающиеся в невозможности на них ссылаться в суде вышестоящей инстанции. Причем, Е.А. Борисова указывает конкретно на необходимость документальной фиксации указаний суда путем внесения соответствующей записи в протокол судебного заседания. «Невыполнение стороной заблаговременно данного и соответствующим образом зафиксированного указания суда, например, о представлении дополнительного доказательства в установленный судом срок, не может свидетельствовать о наличии судебной ошибки и, наоборот, если сторона не представила необходимых доказательств, потому что ей не было указано

¹ Гоняев М. О праве тяжущихся представлять новые доказательства в апелляционную инстанцию. // Журнал гражданского и уголовного права. - СПб., 1884. Книга 6. С. 42.

судом на существенность обстоятельств, нуждающихся в доказывании, то имеет место ошибка суда, которая должна быть исправлена в суде апелляционной инстанции»¹.

Результаты дискуссий позволили выработать замечания концептуального характера в отношении природы и особенностей состязательного производства в данной стадии. Подводя итог исследованию вопроса о действии принципа состязательности в суде апелляционной инстанции, необходимо констатировать наличие специфики его проявления. Несмотря на предписание ст. 327 ГПК суду апелляционной инстанции рассматривать дело по правилам производства в суде первой инстанции, в реальности это совсем не означает, что принцип состязательности действует здесь так же, как и в суде первой инстанции. Это объясняется ограничением предмета судебного разбирательства теми требованиями, которые уже были заявлены мировому судье. Поэтому лица, участвующие в деле, реализуют свои состязательные правомочия в пределах «уже заданной тематики» и совсем по другому поводу.

Поэтому аспект принципа состязательности, связанный с возможностью лиц, участвующих в деле, представлять доказательства, должен быть ограничен предметом рассмотрения дела в суде первой инстанции (кроме случаев, когда предмет доказывания был установлен неправильно судом первой инстанции).

Другой аспект - состязательная форма судопроизводства - может быть отчасти воспроизведен по модели производства в суде первой инстанции, поскольку последняя рассчитана на разрешение дела по существу. Решение указанного вопроса зависит от обстоятельств конкретного дела, на решение по которому была подана апелляционная жалоба. Поэтому наиболее предпочтительным является вариант, когда судья районного суда не дублирует действий мирового судьи, совершенных в соответствии с законом, а ограничивается деятельностью собственно проверочной.

Таким образом, анализ основных понятий, нормативных правовых актов, практики их применения, дают достаточно оснований для внесения ряда изменений и дополнений в главу 39 ГПК РФ.

¹ Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. - М.: Городец, 2006. С. 135.

ЛИЦА, УЧАСТВУЮЩИЕ В ДЕЛАХ ИСКОВОГО ПРОИЗВОДСТВА, СВЯЗАННЫХ С НАСЛЕДОВАНИЕМ

Янева Р.Р. -

преподаватель кафедры гражданского права и процесса

Впервые институт лиц, участвующих в деле, появился в нормах Основ гражданского судопроизводства. Далее ГПК РСФСР 1923 года в отдельных случаях употреблял термин «участвующие в деле лица». Например, в ст. 112 указывалось, что участвующие в деле лица допускаются к обозрению протокола. Современную трактовку данный институт приобрел после принятия ГПК РСФСР 1964 года, на нормы которого в своем содержании серьезно повлияли научные труды М.С. Шакарян, М.А. Викут и др.

Согласно статье 34 ГПК РФ лицами, участвующими в гражданском деле, являются стороны, третьи лица, прокурор, лица, обращающиеся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц или вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным статьями 4, 46 и 47 ГПК РФ, заявители и другие заинтересованные лица по делам особого производства и по делам, возникающим из публичных правоотношений.

Круг лиц, участвующих в гражданских делах, возникающих из наследственных правоотношений, совпадает с перечнем лиц, который предусмотрен статьей 34 ГПК РФ. Конкретный перечень лиц по делу о наследовании зависит от сущности материального правоотношения и состава его субъектов. В настоящее время среди субъектов наследственных правоотношений выделяют:

- 1) наследники по завещанию и подназначенные им лица;
- 2) наследники по закону;
- 3) наследники, наследующие по праву представления;
- 4) наследники, наследующие в порядке наследственной трансмиссии;
- 5) наследники, располагающие правом на обязательную долю;
- 6) нетрудоспособные иждивенцы наследодателя;
- 7) представители несовершеннолетних, недееспособных или ограниченно дееспособных наследников;

- 8) представители наследников, действующие на основании доверенности;
- 9) исполнитель завещания;
- 10) отказополучатель;
- 11) лица, подназначенные отказополучателям;
- 12) нотариус;
- 13) Российская Федерация в лице ее компетентного органа¹.

Однако не следует отождествлять субъектов наследственного правоотношения с лицами, участвующими в деле о наследовании. Например, мы не можем согласиться с позицией тех ученых, которые указывают, что представители являются лицами, участвующими в деле².

Анализ развития законодательства о наследовании показывает, что постепенно увеличивается количество очередей наследников, призываемых к наследованию по закону, что, с материальной точки зрения, способствует переходу наследственного имущества к родственникам наследодателя, созданию более широких возможностей сохранения наследственного имущества в собственности частных лиц³. Однако следует иметь в виду, что круг наследников определяется в соответствии с законодательством, действующим на день открытия наследства, за исключением случаев, указанных в законе⁴. До 17 мая 2001 г. Гражданский кодекс РСФСР предусматривал две очереди наследников по закону: в первую очередь наследовали дети, супруг и родители наследодателя, а также ребенок, родившийся после его смерти; во вторую очередь - братья и сестры умершего, его дед и бабушка как со стороны отца, так и со стороны матери. Это приводило к тому, что при отсутствии у наследодателя указанных близких родственников оставшееся имущество становилось выморочным, то есть переходило в собственность государства в связи с отсутствием наследников. Такое положение дел не соответствовало уровню развития частной собственности в стране и тем основным

¹ Ляпунов С.Г. Наследственные споры. Комментарий с разъяснениями законодательства. - М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 19.

² См.: Гринберг К.В. Защита наследственных прав в нотариальном и судебном порядке. Дисс. канд. юрид. наук. - Свердловск, 1990. С. 147.

³ Судебная практика по наследственным спорам. Книга 2. Руководитель коллектива составителей П.В. Крашенинников. - М.: "Статут", 2004. С. 18.

⁴ О некоторых вопросах, возникающих у судов по делам о наследовании. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.1991 г. №2. // Сборник Постановлений Пленума Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по гражданским делам. Сост. А.П. Сергеев. - М., 2005. С. 871.

положениям гражданского законодательства, которые были заложены Гражданским кодексом Российской Федерации. В результате этого круг лиц, имеющих право наследовать при отсутствии завещания, был расширен до четырех очередей наследников путем внесения изменений в статью 532 ГК РСФСР. К наследникам третьей очереди были отнесены братья и сестры родителей умершего (дяди и тети наследодателя), а наследниками четвертой очереди стали прадеды и прабабки умершего как со стороны деда, так и со стороны бабки наследодателя. С вступлением в силу части третьей ГК РФ количество очередей наследников по закону увеличилось до восьми.

Увеличение количества очередей наследников по закону не могло не отразиться и на процессуальных особенностях рассмотрения наследственных дел в судебном порядке. Прежде всего, в связи с этим увеличивается количество заинтересованных в деле лиц. В рамках подготовки дела к судебному разбирательству суд должен определить полный круг наследников очереди, призываемой к наследованию, в противном случае судебное решение в дальнейшем будет отменено вышестоящей инстанцией по п. 4 ч. 1 ст. 364 ГПК РФ.

Лицами, участвующими в наследственном деле, чаще всего являются следующие субъекты материального права: наследники по закону и завещанию, кредиторы наследодателя, бывшие супруги наследодателя и их дети, нотариусы, прокурор, налоговые органы.

Следует отметить, что, по мнению некоторых авторов, наследодатель также входит в круг лиц, участвующих в деле¹. По нашему мнению, такое утверждение несколько неточно. Во-первых, умерший наследодатель по объективным причинам не может считаться лицом, участвующим в деле, а если авторы имели в виду наследодателя, который еще не умер, то его участие в наследственном процессе является ограниченным вследствие существования института тайны завещания (1123 ГК РФ). Наследодатель может выступать в качестве лица, участвующего в наследственном деле в случае, если была нарушена тайна завещания. При этом основанием настоящего процесса является не открытие наследства, а нарушение тайны завещания, поэтому разбирательство данного дела возможно и без привлечения всех наследников. Таким образом, данное судопроизводство нельзя в полной мере считать наследственным.

¹ Наследственное право и процесс. Учебник. В.В. Гушин, Ю.А. Дмитриев. - М.: Эксмо, 2005. С. 295.

Также, рассматривая вопрос о составе лиц, которые могут участвовать в делах искового производства, связанных с наследованием, следует уточнить процессуальное положение государственных нотариусов, привлекаемых судами к участию в наследственном деле. Представляется правильным высказывание К.В. Гринберг о том, что нотариус не может быть привлечен к участию в наследственном деле искового производства ни в качестве ответчика, ни в роли лица, дающего заключение¹. Суды, рассматривая дело о наследовании, зачастую не учитывают тот факт, что нотариусы не являются субъектами спорного наследственного правоотношения, и привлекают последних к участию в деле в качестве ответчиков.

Так, решением Жуковского городского суда от 17.05.2000 г. отказано в иске С. к Управлению юстиции Московской области о признании недействительным свидетельства о праве на наследство по закону, выданного К. 16.11.94 г. нотариусом г. Жуковский К., предъявленном по тому основанию, что свидетельство было выдано после матери К., умершей 07.10.93 г., по истечении установленного срока для принятия наследства. При этом суд указал, что факт принятия наследства К. в шестимесячный срок подтверждается предъявлением им нотариусу сберегательной книжки наследодателя, о чем была сделана запись в наследственном деле, а также фактом сбора им в установленный законом срок документов, необходимых для принятия наследства С. наследницей к имуществу К. не является².

В делах искового производства, связанных с наследованием, нотариусы должны выступать в качестве третьих лиц³. Определяя процессуально-правовое положение нотариуса в наследственном процессе, нельзя не учитывать, что в любом подобном разбирательстве он является заинтересованным лицом, то есть лицом, участвующим в деле, соответственно должен иметь возможность обжаловать вынесенное по делу судебное решение.

Для того чтобы лицо, участвующее в деле, связанным с наследованием, могло совершать процессуальные действия, оно должно обладать процессуальной дееспособностью, то есть способностью осуществлять свои процессуальные права, вы-

¹ Гринберг К.В. Указ. соч. С. 148.

² Судебная практика по наследственным спорам. Книга 2. Руководитель коллектива составителей П.В. Крашенинников. - М.: "Статут", 2004. С. 143.

³ Там же. С. 147.

полнять процессуальные обязанности и поручать ведение дела в суде представителю. Однако для того, чтобы участник наследственного процесса приобрел статус лица, участвующего в деле, наличие у него дееспособности необязательно. Так, В.Н. Щеглов указывал, что правообладание не может быть отделено от осуществления процессуальным правом. Автор указывал, что в тех случаях, когда в процессе защищаются права лиц, не имеющих процессуальную дееспособность, они сами, а не их представители являются субъектами процесса. С данным мнением не согласился Н.М. Васильченко, который считал, что такая позиция умаляет процессуальное положение отдельных участников процесса¹. Е.В. Васьковский писал, что «разница между дееспособными и недееспособными в процессуальном отношении лицами состоит не в том, что первые могут лично совершать юридические действия, а вторые действуют через представителей. Дееспособные лица тоже могут иметь представителей (поверенных). Суть не в этом, а в том, что недееспособные лица могут действовать как лично, так и уполномочивать на это других лиц, а недееспособным не предоставлено ни то, ни другое: они всегда заменяются законными представителями, избрание которых не зависит от их воли»². Следует отметить, что сегодня подобный спор в науке гражданского процесса разрешен законодателем. Исходя из смысла ч. 5 ст. 37 ГПК РФ, недееспособные субъекты не лишаются права и возможности участвовать в процессе в качестве лиц, участвующих в деле, однако в силу их особого правового статуса и в целях реализации принципа процессуального равенства, процессуальные действия, направленные на защиту их прав, свобод и законных интересов осуществляют законные представители.

Согласно ст. 37 ГПК РФ, способность своими действиями осуществлять процессуальные права, выполнять процессуальные обязанности и поручать ведение дела в суде представителю принадлежит в полном объеме гражданам, достигшим возраста восемнадцати лет, и организациям. Коммерческим и некоммерческим организациям гражданская процессуальная дееспособность принадлежит с момента их наделения правами юридического лица, а государственным органам и орга-

¹ Васильченко Н.М. Процессуальное положение ответчика в гражданском судопроизводстве. - Харьков, 1979. С. 26.

² Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. - М.: Издание Бр. Башмаковых. 1917 г. Электронная версия. // СПС "Гарант".

нам местного самоуправления - с момента их создания. Таким образом, категория дееспособности в гражданском судопроизводстве связана с совершением его участниками определенных действий, направленных на возникновение, развитие и прекращение процессуальных правоотношений. Совокупность действий участников наследственного отношения, опосредующих его динамику и имеющих процессуальное значение, представляет собой наследственный процесс, как установленный законом порядок реализации наследственных прав и обязанностей¹.

Возможность стать наследником не зависит от состояния дееспособности лица и его гражданства². Поэтому в судебной практике по делам, связанным с наследованием, довольно часто встречаются случаи, когда в интересах несовершеннолетних детей их законные представители обращаются в суд с исками, например, о включении в состав определенного наследственного имущества³. Необходимо отметить, что родители могут являться не только представителями несовершеннолетнего, но и стороной в споре, так как право на наследство может возникнуть одновременно у них обоих одновременно. В связи с этим необходимо иметь в виду, что опекун или попечитель не может представлять интересы подопечного при рассмотрении судебных дел между подопечным и супругом опекуна или попечителя и их близкими родственниками (п. 3 ст. 37 ГК РФ)⁴.

В делах, связанных с наследованием, как и в иных делах искового производства, основными процессуальными фигурами являются стороны - истец и ответчик. В действующем российском процессуальном законодательстве отсутствует легальное определение сторон, однако в науке гражданского процесса существуют самые различные точки зрения по данному вопросу. Р.А. Арупов предложил классификацию теоретических определений ученых-процессуалистов о понятии сторон. К первой группе автор отнес точки зрения, согласно которым стороны - это действительные или предполагаемые субъекты спорного материального правоотношения, рассматриваемого судом, а ко второй - учения, согласно которым

¹ Никитюк П.С. Наследственное право и процесс. - Кишинев, 1973. С. 168.

² Эйдинова Э.Б. Наследование по закону и завещанию. - М.: "Юридическая литература", 1985. С. 4.

³ См., например: Ляпунов С.Г. Наследственные споры. Комментарий с разъяснениями законодательства. - М.: Эксмо, 2005. С. 135.

⁴ Саломатова Т.В. Наследование по завещанию и по закону. Защита наследственных прав в суде. - М., 2002. С. 102.

стороны - это лица, спор которых о праве суд должен разрешить. Однако Р.А. Арупов акцентировал внимание на некоторую неточность, допущенную учеными, указывая, что не во всех случаях стороны являются субъектами спорного правоотношения, а обращаются в суд, поскольку законом установлен только судебный порядок урегулирования их отношений¹. На наш взгляд, данное утверждение автора несколько неточно. Институт «сторон» в гражданском процессе неразрывно связан с исковым производством, для которого, в свою очередь, существенным признаком является спорность материального правоотношения. В качестве примера бесспорного наследственного дела, рассматриваемого в исковом порядке, автор указывает на дело о разделе наследственного имущества между наследниками по завещанию, когда между ними нет спора о праве, но есть потребность в разделе имущества по суду². Однако, в соответствии со ст. 1165 ГК РФ, наследственное имущество, которое находится в общей долевой собственности двух или нескольких наследников, может быть разделено по соглашению между ними. К соглашению о разделе наследства применяются правила ГК РФ о форме сделок и форме договоров. В соответствии с абз. 2 ч. 2 ст. 1122 ГК, в случае спора между наследниками их доли и порядок пользования неделимой вещью определяются судом. Таким образом, можно утверждать, что «потребность в разделе наследственного имущества по суду», о которой говорил Р.А. Арупов, возникает у наследников в том в случае, когда они не смогли достигнуть соответствующего соглашения, что и свидетельствует о наличии спора о праве в данной категории дел.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что сторонами в делах, связанных с наследованием, являются лица, участвующие в деле, спор которых о праве или охраняемом законом интересе вытекает из наследственного правоотношения и разрешается в судебном порядке. Истцом в таких делах выступает лицо, которое обратилось в суд за защитой своего права, возникшего в результате открытия наследства, а ответчиком - лицо, которое предположительно, по мнению истца, является нарушителем его права, в связи с чем и привлекается судом к ответу. Например, если возникает спор о

¹ Арупов Р.А. Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан. Автореф. канд. юрид. наук. - М., 1988. С. 16.

² Арупов Р.А. Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1988. С. 101.

разделе наследства, что не может быть разрешено нотариусом, наследники обращаются в суд, который решает дело по существу, определяя права каждого наследника¹. В наследственном процессе возможна ситуация, когда наследники одного наследодателя могут выступать и в качестве истцов, и в качестве ответчиков.

Несколько неточным, на наш взгляд, является утверждение Т.В. Саломатовой о том, что по делам, связанным с наследственными правоотношениями, истцами являются наследники, лица, считающие себя наследниками или кредиторы наследодателя, а ответчиками - наследники и лица, считающие себя таковыми². В данном случае автор не учитывает, что в судебной практике по наследственным делам значительное количество составляют иски наследников к органам государственной власти, а также к городским властям, которые препятствуют истцам в осуществлении ими их наследственных прав.

В разрешении гражданско-правового спора, вытекающего из наследственных правоотношений, наряду со сторонами могут быть заинтересованы и другие лица, которые в гражданском судопроизводстве называются третьими лицами. В делах о наследовании третьи лица, заявляющие самостоятельные требования, могут вступать в процесс, например, когда между наследниками возникает спор по поводу имущества, обремененного завещательным отказом, или когда в спор вступает лицо, также претендующее на наследство³. Однако процессуальный статус третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, необходимо отличать от положения соистца в деле. В том случае, если требования третьего лица относительно предмета спора адресованы к обеим сторонам, то по первоначальному иску истец и ответчик становятся соучастниками. Отличие института процессуального соучастия от третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, заключается в том, что требования последних и истца исключают друг друга. Так, Л.П. Смышляев указывал, что требования первоначального истца и третьего лица могут не совпадать по своему содержанию и объему, но полностью или в части должны исключать друг друга.

¹ Бондарев Н., Эйдинова Э. Вопросы наследственного права в нотариальной и судебной практике. // Советская юстиция. 1971. №7. С. 7.

² Саломатова Т.В. Указ. соч. С. 100.

³ Арупов Р.А. Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1988. С. 102.

Также нельзя не отметить, что поскольку процессуально-правовое положение третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования на предмет спора, совпадает с положением истца в деле, то является возможным применение в отношении данных лиц института процессуального соучастия. Например, А., отец умершего В., обратился в суд к Б. - сыну В. с иском о признании завещания недействительным, по которому Б. является единственным наследником умершего В. В ходе рассмотрения дела в процесс с самостоятельными требованиями относительно предмета спора, то есть наследства, обратились Г. - несовершеннолетняя дочь умершего В. в лице ее законного представителя и Д. - нетрудоспособная супруга, то есть лица, которые в соответствии со ст. 1149 ГК РФ имеют право на обязательную долю в наследстве независимо от содержания завещания. Таким образом, Г. и Д. в настоящем процессе являются третьими лицами с самостоятельными требованиями и соучастниками.

Не исключено в наследственном процессе и участие третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора. Например, в деле о признании завещания недействительным на стороне ответчика выступает третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований относительно предмета спора - нотариус, удостоверявший завещание. В случае признания завещания недействительным вследствие несоблюдения нотариусом требований закона, к нему может быть предъявлен иск о возмещении ущерба, причиненного неправомерными нотариальными действиями. Этим определяется интерес нотариуса в исходе данного дела¹.

В гражданском судопроизводстве правовым статусом лица, участвующего в деле, также обладает прокурор. Не являются исключением и дела, связанные с наследованием. В наследственном процессе прокурор также может участвовать в качестве процессуального истца². Например, последний мо-

¹ Наследственное право и процесс. Учебник. / В.В. Гушин, Ю.А. Дмитриев. - М.: Эксмо, 2005. С. 316.

² Правовое положение прокурора, возбудившего дело в суде, долго было предметом дискуссии. Так, А.Ф. Козлов полагал, что прокурор занимает в гражданском процессе положение стороны. В свою очередь М.С. Шакарян называла прокурора процессуальным истцом, разграничивая понятие стороны в процессуальном и материально-правовом смысле. М.И. Эриашвили отмечал, что прокурор, предъявив иск в защиту прав и законных интересов других лиц, выступает в государственных и общественных интересах и тем самым не приобретает статус истца, "он не может взять на себя роль истца или третьего лица с самостоятельными исковыми требованиями" (см.: Эриашвили М.И. Участие прокурора в гражданском процессе. - М., 2003. С. 9).

жет вступить в процесс с целью защиты прав несовершеннолетних и недееспособных наследников. В литературе также указывается на возможность предъявления иска о наследстве в интересах государства¹. Другой формой участия прокурора является вступление в рассмотрение дела о наследовании с целью для дачи заключения по нему.

Основаниями участия прокурора в рассмотрении гражданских дел судами является указание соответствующих случаев в законах и других нормативных правовых актах. Прокурорское усмотрение в качестве одного из оснований вступления его в процесс можно обозначить как самостоятельное определение прокурором необходимости обратиться в суд с заявлением или вступить в уже начатый процесс для дачи заключения по делу².

Согласно ч. 1 ст. 45 ГПК РФ, прокурор вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований. Заявление в защиту прав, свобод и законных интересов гражданина может быть подано прокурором только в случае, если гражданин по состоянию здоровья, возрасту, недееспособности и другим уважительным причинам не может сам обратиться в суд. М.В. Гадиятова предлагает расширить круг граждан, в защиту интересов которых прокурор вправе обращаться в суд, а также указывает, что обращение прокурора в суд за защитой интересов граждан, добровольно изъявивших на это согласие, составляет содержание принципа диспозитивности гражданского процесса³. Однако, по нашему мнению, подобное расширение круга лиц может негативно отразиться на защите тех граждан, которые по определенным, предусмотренным законам причинам не могут самостоятельно защищать свои права в судебном порядке. Поскольку прокуроры не смогут одновременно обращаться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов всех желающих граждан, может возникнуть ситуация, когда защиты своего права, лица, которые действительно не могут самостоятельно обратиться в суд, будут ждать годами.

Согласно ч. 3 ст. 45 ГПК РФ, прокурор вступает в процесс и дает заключение по делам о выселении, о восстановле-

¹ Саломатова Т.В. Указ. соч. С. 102.

² Гадиятова М.В. Участие прокурора при рассмотрении гражданских дел судами. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. - Екатеринбург, 2005. С. 13.

³ Там же.

нии на работе, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, а также в иных случаях, предусмотренных ГПК РФ и другими федеральными законами, в целях осуществления возложенных на него полномочий. Также в Информационном письме Генеральной прокуратуры РФ от 27.01.2003 г. №8-15-2003 «О некоторых вопросах участия прокурора в гражданском процессе, связанных с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» дан открытый перечень гражданских дел, по которым прокурорам надлежит вступать в процесс и давать заключения.

В настоящее время и в указанном Информационном письме, и в законе отсутствует указание на участие прокурора для дачи заключения в делах, связанных с наследованием. На наш взгляд, учитывая достаточно сложный характер дел данной категории, такое положение следовало бы закрепить. Например, в судебной практике довольно часто встречаются дела о признании завещания недействительным, поскольку оно было написано под влиянием обмана, насилия, угрозы и так далее (ст. 179 ГК РФ). Также встречаются дела о признании наследника недостойным, когда обстоятельства недостойного поведения наследника не были подтверждены судом ранее¹. Не исключено, что при рассмотрении таких дел может обнаружиться состав преступления, совершенного в отношении наследодателя и других субъектов спорного правоотношения. При этом участие прокурора в таком деле для дачи заключения позволило бы не только осуществлять надзор за законностью в полной мере, но и оперативно реагировать на ее нарушения. Вышесказанное также соответствует одной из главных функций прокуратуры, которая заключается в пресечении любых фактов нарушения законов всеми имеющимися у него средствами, которыми он наделен законом, в том числе и путем использования гражданско-правовых средств².

Заключение прокурора должно включать правовую оценку обстоятельств дела, исследованных доказательств, правоотношений сторон, закон, которым следует руководствоваться, и суждение о том, подлежит ли иск удовлетворению. Совер-

¹ Здесь речь идет о случаях, когда, в соответствии с ч. 2 ст. 1117 ГК РФ, суд может отстранить по заявлению заинтересованного лица от наследования гражданина, например, злостно уклонявшегося от выполнения лежавших на нем в силу закона обязанностей по содержанию наследодателя. При этом злостное уклонение совершеннолетних трудоспособных детей от уплаты по решению суда средств на содержание нетрудоспособных родителей, в соответствии с ч. 2 ст. 157 Уголовного кодекса РФ, является уголовно-наказуемым преступлением.

² Артамонова Е. Новый ГПК: статус прокурора. // Законность. 2003. №3. С. 8.

шая процессуальные действия в суде по гражданскому делу, прокурор осуществляет права и обязанности, предоставленные ему законом для выполнения задач по надзору за законностью в гражданском судопроизводстве¹.

Согласно ст. 46 ГПК РФ, в случаях, предусмотренных законом, органы государственной власти, органы местного самоуправления, организации или граждане вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц по их просьбе либо в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц. Заявление в защиту законных интересов недееспособного или несовершеннолетнего гражданина в этих случаях может быть подано независимо от просьбы заинтересованного лица или его законного представителя. Таким образом, в ГПК РФ предусмотрены два условия обращения вышеуказанных субъектов в суд в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц: 1) такая возможность должна быть предусмотрена законом; 2) необходимо наличие просьбы лица, в защиту которого возбуждается гражданское дело.

В наследственном процессе довольно часто участвуют органы опеки и попечительства, которые способствуют охране законных интересов несовершеннолетних наследников.

Субъекты данной группы лиц, участвующих в гражданском деле, не защищают своих субъективных прав. Всех их объединяет заинтересованность в защите прав и охраняемых законом интересов других лиц. Участие в гражданском судопроизводстве органов государственной власти, а также других субъектов, призванных защищать права других лиц, указывал В.Н. Щеглов, предопределено началом диспозитивности гражданского процесса, основанного на принципе сочетания интересов отдельной личности с интересами государства и общества в целом².

Участие в гражданском судопроизводстве органов государственной власти, а также органов местного самоуправления обеспечивает осуществление возложенных на них задач.

В делах, связанных с наследованием, зачастую принимает участие финансовый орган, защищающий интересы государства. Таким образом, органы государственной власти и местного самоуправления участвуют в наследственном процессе

¹ Прокурорский надзор по гражданским делам. / Под ред. В.И. Замятина. - М., 1975. С. 10.

² Щеглов В.Н. Субъекты судебного гражданского процесса. - Томск, 1979. С. 115.

не только в целях защиты интересов других лиц или для дачи заключения по делу, но и выступают в качестве представителей государства при рассмотрении судами споров о наследовании. П.С. Никитюк в особую группу выделяет споры между государством и наследниками по закону или завещанию. Такие иски по общему правилу предъявляют финансовые органы государства или прокурор. Также они могут быть привлечены к участию в рассмотрении дела о наследстве, если вынесенное судом решение может стать основанием для перехода имущества умершего к государству¹.

Следует отметить, что вопрос о процессуально-правовом положении финансовых органов, привлекаемых судом в наследственный процесс, достаточно дискусионен. Прежде всего, процессуальный статус финансового органа зависит от категории рассматриваемого дела. По мнению одних авторов, если рассматривается дело о продлении срока для принятия наследства, и наследников, кроме истца, нет, то финансовые органы государства являются третьими лицами². Представляется, что позиция данных ученых основана на п. 7 «г» в настоящее время фактически не действующего постановления №6 от 1 июля 1966 г. «О судебной практике по делам о наследовании»³, где Пленум указал, что вопрос о продлении пропущенного срока на принятие наследства, если других наследников нет или наследники, кроме истца, отказались от наследства, разрешаются судом с привлечением к участию в деле в качестве третьего лица представителя финансового органа.

В качестве примера из судебной практики данными учеными было предложено следующее дело по спору в отношении выморочного имущества:

28 августа 1979 г. умер С. В сентябре 1981 г. родители С., Г. и М. обратились в нотариальную контору за выдачей свидетельства о праве на наследство. 29 сентября 1981 г. государственный нотариус отказал в совершении указанного нотариального действия по мотивам пропуска срока на принятие наследства, после чего Г. и М. обратились в суд с заявлением о продлении срока на принятие наследства. В качестве

¹ Никитюк П.С. Указ. соч. - Кишинев, 1973. С. 217.

² См.: Саломатова Т.В. Наследование по завещанию и по закону. Защита наследственных прав в суде. - М., 2002. С. 102; Наследственное право и процесс. / В.В. Гушин, Ю.А. Дмитриев. - М.: Эксмо, 2005. С. 320.

³ О судебной практике по делам о наследовании. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 01.07.1966 г. №6. // Сборник Постановлений Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по гражданским делам. Сост. А.П. Сергеев. - М., 2005. С. 870.

третьего лица судом была привлечена П., проживавшая с С. одной семьей без регистрации брака. Решением Ленинского районного суда г. Чебоксары в удовлетворении заявления Г. и М. о продлении срока на принятие наследства отказано. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Чувашской АССР решение народного суда оставила без изменения. Одним из оснований для отмены состоявшихся по делу постановлений и направлении дела на новое рассмотрение Президиумом Верховного Суда Чувашской АССР стало то, что представитель финансового органа судом к участию в деле привлечен не был, его отношение к заявленному Г. и М. требованию не выяснено.

На наш взгляд, Президиум Верховного Суда Чувашской АССР неправильно определил процессуальное положение финансового органа. В данном случае последний не может выступать в качестве третьего лица, поскольку быть третьим лицом на стороне истца финансовый орган не может¹, и на стороне ответчика быть не может, поскольку по сути именно ему истцом были предъявлены претензии на наследственное имущество. По нашему мнению, верно отметила М.А. Викиут, указывая, что если вопрос о продлении пропущенного срока на принятие наследства разрешается при обстоятельствах, когда других наследников нет или наследники, кроме истца, отказались от наследства, а финансовый орган в соответствии с указанием Пленума участвует в качестве третьего лица, ответчика в таком процессе нет. Такое положение является ненормальным, поскольку для дел искового производства характерно наличие двух сторон с противоположными материально-правовыми интересами, то есть наличие как истца, так и ответчика. Поэтому следует признать, что процессуальное положение финансового органа в рассматриваемом деле определено Пленумом Верховного Суда СССР неудачно².

Однако с мнением авторов о том, что в ситуациях, когда наследство как выморочное переходит к государству, финансовый орган должен привлекаться в качестве ответчика³, мы

¹ Арупов Р.А. Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1988. С. 109.

² Викиут М.А. Участие финансовых органов в гражданском судопроизводстве. / Защита личных и общественных интересов в гражданском судопроизводстве. Сборник научных трудов КГУ. Под ред. Р.Е. Гукасяна. - Калинин, 1985. С. 135.

³ См.: Саломатова Т.В. Наследование по завещанию и по закону. Защита наследственных прав в суде. - М., 2002. С. 104; Арупов Р.А. Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан. Дисс. канд. юрид. наук. - М., 1988. С. 109; Викиут М.А. Указ. соч. С. 135.

тоже согласиться не можем. На наш взгляд, ответчиком по таким делам должно выступать государство, то есть Российская Федерация, поскольку, в соответствии с ч. 2 ст. 1151 ГК РФ, выморочное имущество переходит в порядке наследования по закону в ее собственность, а не собственность финансовых органов, которые являются органами исполнительной государственной власти. В соответствии с ч. 1 ст. 125 ГК РФ, от имени Российской Федерации и субъектов Российской Федерации могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов. Таким образом, финансовые органы государства в делах, объектом которых выступает выморочное имущество, являются представителями ответчика - Российской Федерации. Аналогичным образом высказывалась и Л.А. Грось, указывая, что в делах, возникающих из гражданских правоотношений с участием публичных образований, сторонами являются последние, а не представляющие их государственные органы и органы местного самоуправления¹.

Т.В. Саломатова указывает, что если наследственным имуществом неправомерно завладело лицо, не являющееся наследником, то финансовые органы должны выступать в качестве истца². Однако следует иметь в виду, что и в подобных случаях финансовые органы являются представителями государства, которое, в свою очередь должно выступать в качестве истца, независимо от того, что выморочное наследственное имущество находится у наследника, или лица, считающего себя таковым.

Правовое значение сказанного в отношении финансовых органов государства состоит в том, что по делам о выморочном имуществе они не являются лицами, участвующими в деле, поскольку действуют в процессе от имени и в интересах государства. Управляя отдельным государственным имуществом, государственный орган осуществляет предоставленные ему субъективные права и юридические обязанности не только в своих интересах непосредственно, но и опосредованно в

¹ Грось Л.А. Влияние норм материального права на гражданское процессуальное право (научно-теоретические проблемы). Автореф. дисс. докт. юрид. наук. - М., 1999. С. 14.

² Саломатова Т.В. Указ. соч. С. 104.

интересах государства, поскольку имущество, закрепленное в оперативное управление отдельных правосубъектных государственных органов, является собственностью государства¹.

В судебной практике довольно часто встречаются случаи, когда граждане обращаются в суд за защитой наследственных прав, осуществлению которых препятствуют финансовые органы государства. В таких делах последние, несомненно, должны выступать в качестве ответчиков по делу.

¹ Викут М.А. Указ. соч. С. 129.

Укрепление законности и борьба с преступностью

ИСТЯЗАНИЕ КАК ФОРМА ПРОЯВЛЕНИЯ ЖЕСТОКОСТИ ПРЕСТУПНОГО ПОВЕДЕНИЯ

Багун Э.А. -

преподаватель кафедры уголовного права и криминологии

Выделение в рамках Уголовного кодекса Российской Федерации¹ состава, предусмотренного ст. 117, помимо особого способа совершения данного преступления, обусловлено своеобразной социально-правовой природой истязания как особо жестокого деяния, совершение которого свидетельствует о существенном деформировании ценностно-нормативной сферы виновного, его безжалостности, беспощадности.

Проводя соотношение между истязанием, с одной стороны, и нормами, устанавливающими ответственность за причинение тяжкого и средней тяжести вреда здоровью, с другой, следует отметить, что ст.ст. 111 и 112 УК РФ содержат широкий перечень квалифицирующих и особо квалифицирующих (ст. 111) обстоятельств, что, безусловно, является положительной новеллой уголовного законодательства. Вместе с тем, из числа признаков, отягчающих ответственность за данные преступления, исключено совершение их путем истязания, наличие которого было характерно для всех советских Уголовных кодексов (УК РСФСР 1922, 1926, 1960 гг.). Однако наряду с иными квалифицирующими обстоятельствами, п. «б» ч. 2 ст. 111 и п. «в» ч. 2 ст. 112 УК РФ предусматривают умышленное причинение тяжкого и средней тяжести вреда здоровью, соответственно, совершенное с особой жестокостью, издевательством или мучениями для потерпевшего.

В связи с этим возникает необходимость в соотнесении и разграничении понятий «истязание», с одной стороны, и «особая жестокость», «издеательства» и «мучения», с другой, которые, по мнению С.В. Расторопова, являются оценочными, частично пересекающимися и дублирующими друг друга категориями².

¹ Далее - УК РФ.

² См.: Расторопов С.В. Уголовно-правовая охрана здоровья человека от преступных посягательств. - СПб.: «Юридический Центр Пресс», 2006. С. 342.

Прежде всего, следует обратиться к историческому развитию терминологического толкования данных понятий в законодательстве и теории уголовного права.

Уложение 1845 г. и Уголовное уложение 1903 г. не раскрывали понятие «истязание», что вызывало значительные трудности у правоприменителя и заставляло обращаться к разъяснениям Сената, который предлагал понимать под истязанием «такое посягательство на личную неприкосновенность, которое сопровождалось мучениями и жестокостью»¹.

В научной литературе данного периода под истязанием понималось причинение физической боли, мучения характеризовались рядом действий, ограничивающих нормальную жизнедеятельность человека, целостность и нормальное функционирование его организма. «Под истязанием должно разуметь причинение разными способами физической боли. Сюда обыкновенно причисляют сечение розгами, дранье за волосы, щекотанье, разного рода пытки; последствиями их могут быть различные расстройства организма. Мучения будут состоять в лишении человека необходимых для целостности организма и здоровья его условий, каковы, например, пища, питье, свет, воздух, его температура и тому подобное; лишение их ограничивает отрицательным образом существование человека и тем несомненно производит повреждение тела»². Интересен тот факт, что С.В. Познышев при характеристике истязания указывал на такой признак данного состава, свойственный современному его пониманию, как систематичность: «Истязание представляет собою систематическое, длящееся причинение физических страданий или мучений (например, сечение, дранье за волосы, щекотание, опускание в прорубь и т.п.)»³.

Как видно из приведенных определений, правоприменитель при формулировании понятий «мучения» и «истязания» делал акцент на характере страданий, причиняемых данными способами преступного воздействия, которые заключались в особой глубине, силе, интенсивности, а в ряде случаев продолжительности их ощущения потерпевшими. Как справед-

¹ Цит. по: Ивановский Н.П. Разделение несмертных повреждений по ныне действующему Уложению о наказаниях. - СПб., 1905. С. 10.

² Цит. по: Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательство личные и имущественные. - Петроград, 1916. С. 81.

³ Цит. по: Познышев С.В. Особенная часть русского уголовного права. Сравнительный очерк важнейших отделов особенной части старого и нового уложений. Издание 3-е, исправленное и дополненное. 1912. // www.Allpravo.Ru. 2004. §54.

ливо отмечал в то время Н.П. Ивановский, к основному признаку рассматриваемого вида преступных действий относились особая жестокость совершающего подобные действия и мучительность для лица, подвергающегося насилию¹.

Теоретики уголовного права советского периода при характеристике мучений и истязаний опирались на определение, приводимое в Правилах для составления заключений о тяжести повреждений (циркуляр НКЮ 1922 г. №146), в которых истязание определялось как действия, рассчитанные на причинение особенной боли (в виде примера приводилось сечение розгами и щипание). Вместе с тем, некоторые авторы отстаивали свои позиции.

Так, А.А. Жижиленко указывал, что для истязаний характерно систематическое или многократное причинение особенных физических страданий, признавая, однако, его наличие и в том случае, когда вследствие однократного насильственного воздействия потерпевшему была причинена очень сильная и продолжительная боль². Своего рода интегрированный подход предлагал и М.М. Гродзинский, считая, что при определении истязания необходимо исходить из субъективного критерия, заключающегося в ощущении потерпевшим особенно сильной или продолжительной боли, и объективного, характеризующегося систематичностью и многократностью действий виновного (например, «систематическое нанесение побоев; вырывание многих волос по одному и т.п.»)³.

УК РСФСР 1960 г. также не раскрывал понятия «истязания» и «мучения», однако данный пробел восполнялся на уровне такого подзаконного акта, как Правила определения степени тяжести телесных повреждений 1961 года. Пункт 3 раздела II «А» данного нормативно-правового акта устанавливал, что «мучениями называют деяния, причиняющие жертве страдания путем лишения пищи, тепла, питья, способом опасным для жизни или здоровья человека. Под истязаниями понимается сечение розгами, щипание или другие действия, связанные с причинением особенной боли»⁴. На доктринальном уровне предпринимались попытки дать более полное и

¹ См.: Ивановский Н.П. Разделение несмертных повреждений по ныне действующему Уложению о наказаниях. - СПб., 1905. С. 10.

² См.: Жижиленко А.А. Преступления против личности. - М., 1927. С. 54.

³ См.: Гродзинский М.М. Преступления против личности. УК РСФСР практический комментарий. - М., 1924. С. 37.

⁴ Цит. по: Самолюк И. Ответственность за истязание. // Советская юстиция. 1965. №12. С. 21.

развернутое определение рассматриваемым терминам, в частности, истязание раскрывалось с помощью таких выражений, характеризующих сферу субъективного восприятия потерпевшего, как: «тяжкие мучения», «особенно жестокая боль»¹, «большие физические и моральные страдания»², «особые физические мучения и страдания»³ и др.

Все названные признаки истязания, с одной стороны, верно отражают его правовую природу, с другой - страдают односторонностью, связанной с акцентированием внимания на определенном результате данного преступления, характер которого, в свою очередь, обусловлен и продиктован особым способом причинения данных последствий. Верным представляется интегрированный подход к определению истязания, включающего как способ действий, так и причиняемые в результате применения данного способа последствия. Такая позиция с принятием УК РСФСР 1960 г. обрела большое количество сторонников, которые относили к истязанию в смысле ст. 113 и систематические либо однократные насильственные действия, и мучения, понимаемые как причинение страданий путем лишения пищи, тепла, питья. При этом, характеризуя истязание, правоприменитель не ограничивался перечислением примерного перечня деяний приводимого в Правилах, расширяя их круг включением в него прижигания, подвешивание за руки, за ноги, лишение необходимого для нормального дыхания воздуха, систематическое нанесение побоев, отравления и т.п.⁴

Официальное толкование понятий «мучения» и «истязание» появилось в уголовном праве с введением Правил судебно-медицинского определения степени тяжести телесных повреждений 1978 г., в которых они были выделены в качестве способов причинения повреждений. Согласно этому документу, к мучениям относятся действия, причиняющие страдания путем длительного лишения пищи, питья или тепла, либо помещения или оставления жертвы во вредных для здоровья условиях и другие сходные действия. Истязание связывается с многократным или длительным причинением боли - щипание, сечение, причинение множественных, но небольших

¹ См.: Загородников Н.И. Преступления против здоровья. - М., 1969. С. 111.

² См.: Самолук И. Ответственность за истязание. // Советская юстиция. 1965. №12. С. 22.

³ См.: Чечель Г.И. Квалификация истязания по действующему законодательству. - Барнаул, 1989. С. 88.

⁴ См., напр.: Самолук И. Указ. соч. С. 21-22.

повреждений тупыми или остроколющими предметами, воздействие термических факторов и иные аналогичные действия¹.

Итак, краткий экскурс в историю развития доктринального и законодательного определения понятий «истязание» и «мучения», позволяет сделать определенные выводы, которые заключаются в том, что данные преступные посягательства на здоровье человека были выделены в качестве отдельных норм исходя из особого способа преступного воздействия, характеризующегося особой жестокостью по отношению к потерпевшему, которая проявляется либо в длительности, либо в систематичности воздействия на человеческий организм, либо в применении такого способа воздействия, который заведомо для виновного причиняет жертве особо сильную, продолжительную боль, либо физические и психические страдания, что является конечной или промежуточной целью действий преступника.

В связи с тем, что в настоящее время на практике не проводится разграничения между двумя названными способами причинения страданий, содеянное в обоих случаях квалифицируется по ст. 117 УК РФ как истязание, что представляется вполне оправданным, учитывая этимологию терминов «мучение» и «истязание».

Согласно Толковому словарю живого великорусского языка, «истязание - жестокое обращение, мучение, мука, насилие или пытка; мучение - всякое сильное и длительное телесное или духовное страдание или боль, томление, истязание»². Таким образом, с точки зрения этимологии, приведенные понятия несут одинаковую смысловую нагрузку, являясь синонимами, вследствие чего представляется целесообразным на законодательном уровне отказаться от термина «мучения», охватив понятием «истязание» все многообразие как насильственных способов воздействия на человеческий организм, так и бездействия, причиняющих потерпевшему физические и психические страдания.

Понятие «особая жестокость» впервые было введено в УК РСФСР 1960 г. как квалифицирующий признак убийства, а также, наряду с издевательствами над потерпевшим, в качестве отягчающего ответственность обстоятель-

¹ Данный нормативно-правовой акт, в связи с отменой Правил судебно-медицинской экспертизы тяжести вреда здоровью 1996 г., на сегодняшний день является временно действующим на территории Российской Федерации и применяется в редакции УК РФ 1996 г.

² Цит. по: Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. - М., 2002. Т. 2. С. 55.

ства (п. 7 ст. 39)¹. Оценочный характер данной категории уголовного права обуславливает отсутствие его четкого законодательного определения и закрепления, что порождает существование в научной литературе различных определений «особой жестокости». Некоторые авторы после принятия УК РСФСР 1960 г. предлагали понимать под особой жестокостью проявление виновным бессердечности, бесчеловечности, беспощадности, безжалостности, крайней суровости². Однако такое предложение противоречит этимологическому толкованию слова «жестокий», которое также означает «крайне суровый, безжалостный, беспощадный»³.

В Толковом словаре живого великорусского языка В.И. Даля дается более емкая формулировка: «Жестокий - немилосердный, немилостивый, безжалостный или бесчеловечный, не знающий жалости, сожаления, сочувствия, безмерно строгий, суровый, тяжкий или мучительный, невыносимый, бедственный, неодолимо грозный, неумолимый»⁴. Очевидно, что понятия «жестокость» и «особая жестокость» не могут полностью совпадать по своему содержанию, второе является производным от первого, а прилагательное «особая» служит для характеристики отличной от простой жестокости безжалостности и бессердечности. Понятие «особая» в данном случае - не просто показатель для различения двух категорий, но и характеристика сравнительной степени: по сравнению с жестокостью, особая жестокость состоит в большей интенсивности, более высокой степени безжалостности и бессердечности.

Особая жестокость - это более высокая качественная и количественная сторона деяния по отношению к понятию «жестокость». Именно поэтому многие ученые приводят свое понимание данной категории, беря за основу определение жестокости, возведенное в сравнительно более высокую степень с помощью таких выразительно-изобразительных средств русского языка, к коим относятся прилагательные: «поразительный», «необычайный», «из ряда вон выходящий» и т.п.

¹ См.: Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1960. №40. Ст. 591.

² См.: Анианц М.К. Ответственность за преступление против жизни по действующему законодательству союзных республик. - М., 1964. С. 59; Ковалев М.И. Уголовный кодекс РСФСР. Научный комментарий. - Свердловск, 1962. Т. 2. С. 142 и др.

³ Цит. по: Ожегов С.И. Словарь русского языка. - М., 1972. С. 177; Словарь русского языка: в 4 т. / Под ред. А.П. Евгеньевой. - М., 1981. Т. 1. С. 480.

⁴ Цит. по: Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4-х тт. - М., 1989. Т. 1. С. 536.

Так, К. Акоев особую жестокость связывает с паразитической суровостью, необычайной безжалостностью, чудовищной бессердечностью, чрезвычайной беспощадностью¹. С. Питерцев считает, что особая жестокость должна характеризоваться крайней степенью жестокости - жестокостью сверхобычной, из ряда вон выходящей, исключительной². Для некоторых авторов проявление особой жестокости ассоциируется с дикими, звериными инстинктами³. Таким образом, жестокость и особая жестокость рассматриваются, прежде всего, как черты личности. Так, по мнению О.Ю. Михайловой, жестокость является вполне конкретным свойством личности насильственного преступника, которое проявляется в антиобщественном поведении, направленном на причинение страданий⁴.

С принятием 27 июня 1975 года Пленумом Верховного Суда СССР постановления «О судебной практике по делам об умышленном убийстве»⁵ в юридической литературе понятие особой жестокости стало связываться с такими способами совершения преступления, как пытки, истязание, мучения и т.п. Подобный подход существует и по сей день: Постановление Пленума Верховного суда РФ от 27 января 1999 г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)»⁶ связывает признак особой жестокости при совершении убийства с такими случаями, когда «перед лишением жизни или в процессе совершения убийства к потерпевшему применялись пытки, истязание или совершалось глумление над жертвой либо когда убийство совершено способом, который заведомо для виновного связан с причинением потерпевшему особых страданий (нанесение большого количества телесных повреждений, использование мучительно действующего яда, сожжение заживо, длительное лишение пищи, воды и т.д.). Особая жестокость может выражаться в совершении убийства в присутствии близких потерпевшему лиц, когда виновный

¹ См.: Акоев К. К вопросу о понятии особой жестокости при умышленном убийстве. В сб.: Теория и практика борьбы с правонарушениями. Вып. 1. - Душанбе, 1980. С. 100.

² См.: Питерцев С. Оценка множественности ранений в посягательствах на жизнь. // Советская юстиция. 1973. №19. С. 18.

³ См.: Комментарий к УК Молдавской ССР. - Кишинев, 1968. С. 88.

⁴ См.: Михайлова О.Ю. Изучение психологических мотивов преступлений, сопряженных с особой жестокостью. // Юридическая психология. Материалы симпозиума на 6-м Всесоюзном съезде общества психологов. - М., 1983. С. 53.

⁵ См.: Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924-1977. Ч. 2. - М., 1978. С. 190.

⁶ См.: Бюллетень Верховного Суда. №3. 1999.

сознавал, что своими действиями причиняет им особые страдания». Таким образом, законодателем особая жестокость связывается как со способом действий виновного, так и с обстановкой совершения преступления, а также с другими обстоятельствами, свидетельствующими о проявлении преступником особой жестокости.

При этом оценочное понятие «особая жестокость» определяется через ряд других таких же оценочных категорий: «пытки», «истязание», «глумление», «особые страдания», из чего можно сделать вывод, что рассматриваемое понятие является родовым по отношению к перечисленным, более широким по содержанию, интегрирующим, собирательным термином. Вместе с тем, в ряде норм Уголовного кодекса Российской Федерации особая жестокость стоит в одном ряду с такими категориями как «садизм», «издевательство», «мучения» (п. «и» ч. 1 ст. 63, п. «б» ч. 2 ст. 111, п. «в» ч. 2 ст. 112 УК РФ), что позволяет говорить об однопорядковом значении данных понятий. Однако определение словосочетания «особая жестокость» через ряд других оценочных категорий, а также его однопорядковый характер с иными аналогичными понятиями вовсе не означает тождественности всех приведенных терминов.

Выше мы выяснили, что истязание и мучения заключаются либо в длительности, либо в систематичности воздействия на человеческий организм, либо в применении такого способа воздействия, который заведомо для виновного причиняет жертве особо сильную, продолжительную боль, либо физические и психические страдания. Другими словами, определяющим в данном случае служит именно способ совершения преступления, являющийся по своим объективным свойствам особо жестоким по отношению к потерпевшему. Мучение, кроме характеристики способа причинения физических и психических страданий, несет также и иную смысловую нагрузку, которая включает в себе специфический результат действий виновного, то есть индивидуальные негативные ощущения потерпевшего.

Результатом проявления виновным особой жестокости являются также причиняемые потерпевшему в процессе преступного воздействия «особые страдания», которые могут быть определены как такое психофизиологическое состояние жертвы, которое сочетает в себе ощущение физических болевых импульсов и душевно-нравственные переживания.

По поводу понятия «пытка» в юридической литературе в настоящее время нет единого мнения. Применительно к составу ст. 117, под истязанием, совершенным с применением пытки (п. «д» ч. 2 ст. 117 УК РФ), до недавнего времени понималось причинение физических и психических страданий путем применения особо изощренных способов воздействия на человеческий организм¹. Однако Федеральным Законом от 8 декабря 2003 года «О внесении изменений и дополнений в Уголовный Кодекс Российской Федерации» понятие пытки применительно к составу, предусмотренному ст. 117, и иным составам УК РФ было определено как «...причинение физических или нравственных страданий в целях понуждения к даче показаний или иным действиям, противоречащим воле человека, а также в целях наказания либо в иных целях». Вряд ли подобный подход законодателя представляется верным, учитывая международно-правовой характер определения пытки, исходя из которого, пытка признается исключительно должностным преступлением. Представляется, что рассматриваемая категория не подлежит расширительному толкованию. Исходя из приоритета норм международного права над национальным законодательством, при включении термина «пытка» в УК РФ, следует основываться на определении данного понятия, приводимом в Конвенции против пыток и других жестоких бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года. Согласно данному международно-правовому документу, под «пыткой» понимается «любое действие, которым какому-либо лицу причиняется сильная боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за действие, которое совершило оно или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо, или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия»².

¹ См., напр.: Наумов А.В. Словарь по уголовному праву. - М., 1997. С. 118; Андреева Л.А., Константинов П.Ю. Влияние жестокости преступного поведения на уголовную ответственность. - Санкт-Петербург, 2002. С. 55.

² См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1987. №45.

Под глумлением над потерпевшим понимается надругательство над чем-либо дорогим ему, чем-нибудь глубоко им почитаемым, над тем, что свято и дорого для пострадавшего.

Издевательство над потерпевшим заключается в таких действиях виновного, которые причиняют жертве физическую боль и психические переживания и при этом сопровождаются унижением ее чести и достоинства.

Садизм в общем смысле слова - это стремление к жестокости, наслаждение чужими страданиями. Иначе говоря, данное понятие, характеризуя свойство личности, вместе с тем заключается и в особом ее поведении в окружающей действительности, в действиях, причиняющих боль и страдания потерпевшему.

Итак, особая жестокость может быть охарактеризована с нескольких сторон: во-первых, в связи с особым способом совершения преступления, во-вторых, с позиции специфических ощущений потерпевшего, в отношении которого применялся особый способ преступного воздействия, и, в-третьих, применение данного способа совершения общественно опасного посягательства обуславливает особую характеристику личности виновного, желающего причинить особые страдания жертве. И только совокупность всех указанных обстоятельств может свидетельствовать об особой жестокости совершенного преступления.

Таким образом, как выяснилось, понятия «особая жестокость» и «истязание», «мучения», «пытки», «глумление», «издевательство», «садизм» взаимосвязаны и взаимозависимы. Особая жестокость, с одной стороны, является сущностной характеристикой всех приведенных категорий, каждая из которых обладает свойством жестокости, с другой - посредством интегрирования указанных понятий можно вывести качественно новое понимание особой жестокости как объективно-субъективной категории уголовного права.

Истязание является одним из возможных проявлений особой жестокости, ее содержательным компонентом, поэтому следует согласиться с С.Н. Дружковым в том, что убийство, совершенное с применением истязания, мучений, издеательства, охватывается п. «д» ч. 2 ст. 105 и не требует дополнительной квалификации по ст. 117 УК РФ¹. Точно так же, на

¹ См.: Дружков С.Н. Уголовно-правовые функции особой жестокости в составе убийства: вопросы теории и практики. Автореф. дис. канд. юрид. наук. - Ижевск, 2002. С. 16.

наш взгляд, следует поступать и в случаях, когда в процессе истязания был причинен тяжкий или средней тяжести вред здоровью, квалифицируя содеянное в целом, соответственно, по п. «б» ч. 2 ст. 111 или п. «в» ч. 2 ст. 112 УК РФ, как совершенное с особой жестокостью.

При этом с учетом ранее сделанного вывода о синонимичности понятий «мучение» и «истязание» представляется необходимым изменить действующие редакции указанных норм, сформулировав их следующим образом: «...с особой жестокостью, издевательством в отношении потерпевшего, а равно путем истязания».

Разграничение понятий «особая жестокость», «истязание», «мучения» и «издевательства» должно быть осуществлено на законодательном уровне путем включения соответствующих определений в УК РФ, ибо по справедливому замечанию С.В. Расторопова, уголовный закон не может оперировать понятиями и терминами, не поддающимися точному уяснению, поскольку их толкование и применение в следственной и судебной практике может привести к нарушению принципа законности¹.

ПОРЯДОК ПРЕКРАЩЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА (ИЛИ) УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

*Демченко Е.В. -
к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права
и криминалистики*

Прекращение уголовного дела и (или) уголовного преследования осуществляется судом, следователем или органом дознания и оформляется соответственно определением или постановлением, в которых должны быть окончательно решены все возникшие по делу вопросы. Принятию такого решения должно предшествовать установление факта преступления, лица, совершившего противоправные действия, и другие обстоятельства, с которыми закон связывает возможность прекращения дела.

¹ См.: Расторопов С.В. Уголовно-правовая охрана здоровья человека от преступных посягательств. СПб.: «Юридический Центр Пресс», 2006. С. 344.

В науке уголовно-процессуального права чаще всего выделяют два порядка прекращения уголовного дела:

1) простой порядок, когда не требуется согласия кого-либо из участников уголовного судопроизводства, а достаточно оснований, указанных в уголовно-процессуальном законе. В таком порядке прекращаются уголовные дела по реабилитирующим основаниям (п. 1, 2 ст. 24 УПК);

2) более сложный порядок, когда требуется согласие обвиняемого (ст. 25, п. 3 ч. 1 ст. 27, ст. 28), руководителя следственного органа (ст. 25, 28, 427), а по ст. 25 УПК и заявление потерпевшего¹.

Но закон не оговаривает форму выражения согласия потерпевшего по ст. 25 УПК. Существует мнение, что оно может быть зафиксировано в протоколе допроса, в специальном протоколе о разъяснении оснований прекращения уголовного дела и его последствий, в письменном заявлении обвиняемого, подозреваемого или потерпевшего².

Подобное утверждение не соответствует ч. 3 ст. 213 УПК РФ, которая предписывает отражать согласие обвиняемого и потерпевшего в постановлении о прекращении уголовного дела, хотя и не указывает, в какой именно его части. Представляется, указанная отметка должна составлять самостоятельную часть документа, после резолютивной: к выводам следователя и дознавателя по делу согласие подозреваемого, обвиняемого и потерпевшего не относится, но служит непременным условием прекращения уголовного дела. С другой стороны, такое согласие означает отнюдь не признание участниками процесса тех фактов, которые установлены следователем и дознавателем и изложены в описательной части, а лишь их желание прекратить производство по уголовному делу³.

Кроме того, требует уточнения и ч. 2 ст. 28, где следовало бы указать, что прекращение уголовного преследования, а равно и прекращение уголовного дела, так же, как и в соответствии с ч. 1 этой же статьи, должны осуществляться с согласия руководителя следственного органа. Решение о прекращении уголовного дела выносится в форме постановления. Ряд авторов отмечают, что постановление о прекращении уголовного дела не следует относить к актам, которые уголовное

¹ Арестова Е.Н. Прекращение уголовного дела (уголовного преследования) при производстве дознания. // Российский следователь, 2003. №11. С. 35.

² Гуляев А. Новые нормы старого УПК Законность. 1997. №3. С. 35.

³ Арестова Е.Н. Указ. соч. С. 36.

дело разрешают по существу, поскольку последнее является исключительной компетенцией суда, связанной с рассмотрением и разрешением вопросов о виновности или невиновности лица в совершении преступления. «Разрешить дело по существу, - отмечает Е.А. Чельшев, - может только суд, постановивший обвинительный или оправдательный приговор по обвинению, по которому подсудимый был предан суду. В ходе предварительного следствия никакой судебной функции не выполняется»¹.

Другие ученые, в том числе А.Я. Дубинский, полагают, что прекращение уголовного дела является специфической формой его разрешения без вынесения приговора.

Не вызывает сомнений, что в постановлении о прекращении уголовного дела по реабилитирующему основанию, должна содержаться констатация того, что обвиняемый действительно совершил вменяемое ему деяние, предусмотренное той или иной статьей Уголовного кодекса РФ. Иначе не будет оснований для прекращения уголовного преследования по указанным в статьях мотивам, а обвиняемого следует реабилитировать.

Вопрос лишь в том, означает ли такая констатация признание обвиняемого виновным в том смысле, как это делается в обвинительном приговоре суда. Думается, что принятое решение о прекращении уголовного дела не подменяет собой приговор суда и, следовательно, не является актом, который порождает юридические последствия обвинительного приговора.

Прекращение уголовного дела имеет место, когда отсутствуют лица, подлежащие уголовному преследованию, то есть, в результате полного прекращения уголовного преследования. Так как субъектами, полномочными осуществлять уголовное преследование, являются дознаватель, следователь, прокурор, то, естественно, они, в предусмотренных законом случаях, вправе отказаться от осуществления такой деятельности. При этом отказ от уголовного преследования не должен быть зависим от мнения суда, ибо последний лишь арбитр при разрешении спора сторон².

¹ Головки Л.В. Новые основания освобождения от уголовной ответственности и проблемы их процессуального применения. // Государство и право. С. 37.

² Бурьева Е.В. Прекращение уголовного дела и уголовного преследования. // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России; Межвузовский сборник научных трудов. - Уфа. РИО БашГУ, 2003. С. 125.

Приведенные соображения подтверждаются выводом, что прекращение уголовного преследования на предварительном следствии по нереабилитирующим основаниям нельзя считать противоречащим презумпции невиновности.

Разумеется, при этом должны твердо соблюдаться определенные условия: во-первых, прекращение уголовного преследования по указанным основаниям должно означать безусловное освобождение от уголовной ответственности, а не замену ее различными «суррогатами». Во-вторых, прекращение уголовного преследования по любым нереабилитирующим основаниям может производиться не иначе, как с согласия лица, в отношении которого принимается соответствующее решение. Именно такой порядок предусмотрен в ныне действующем УПК РФ.

К постановлению предъявляются такие же требования, как и к приговору. Оно должно быть законным и обоснованным. Постановление может считаться обоснованным, если оно отвечает следующим требованиям:

1. Выводы, сформулированные в процессуальном акте, подтверждаются имеющимися в деле доказательствами.
2. По делу учтены все доказательства.
3. Эти доказательства взяты в совокупности.
4. На основании этих доказательств возможен только один вывод.
5. Выводы не находятся в противоречии с фактическими обстоятельствами.
6. Резолютивная часть процессуального акта полностью соответствует описательной части.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ подчеркивает необходимость мотивировки уголовно-процессуальных актов, содержащих какие-либо выводы по делу. Под мотивировкой постановления, определения понимается подробное изложение тех обстоятельств, которые являются основанием для прекращения дела, и приведение необходимых доказательств, подтверждающих наличие таких оснований. Мотивировка должна обосновать применение определенных положений уголовного и процессуального закона. Мотивировка постановления включает также изложение обстоятельств, которые характеризуют лицо, привлекаемое к уголовной ответственности.

При прекращении уголовных дел необходимо правильно применять уголовный и уголовно-процессуальный законы.

Правильное применение закона выражается в точной квалификации действия и строгом соблюдении всех положений Общей части УК РФ. Выполнение требований уголовно-процессуального закона при прекращении уголовного дела - важная гарантия правильного осуществления производства по делу.

Процессуальный акт о прекращении уголовного дела состоит из трех частей - вводной, описательной и резолютивной.

Вводная часть содержит изложение следующих сведений:

- а) дата и место составления;
- б) должность, фамилия, инициалы лица, его вынесшего;
- в) по какому факту, по признакам какой статьи УК

РФ возбуждено дело или по обвинению кого, в каком преступлении.

Описательная часть содержит изложение сущности дела, основания и мотивировку его прекращения. В этой части постановления дается обоснование принимаемого решения о прекращении дела. В зависимости от того, прекращается ли дело до или после привлечения в качестве обвиняемого, в описательной части приводятся основания возбуждения уголовного дела или привлечения данного лица в качестве обвиняемого, излагаются сущность обвинения, основания для прекращения уголовного дела и доказательства, которые их подтверждают. Здесь особенно важно привести мотивы прекращения, то есть последовательно, в стройной системе рассуждений аргументировать необходимость прекращения уголовного дела в свете требований закона.

Резолютивная часть содержит изложение сущности принятых по делу решений, главным из которых является решение о прекращении дела¹.

Копия постановления о прекращении уголовного дела направляется прокурору, а также вручается лицу, в отношении которого прекращено уголовное преследование, и потерпевшему в течение 5 суток со дня его вынесения и разъясняется порядок обжалования.

Вместе с тем, на основании п. 10 ч. 2 ст. 37 и ч. 1 ст. 214 УПК РФ, признав постановление следователя и дознавателя о прекращении уголовного дела или уголовного преследования незаконным или необоснованным, руководитель следственного органа отменяет его и возобновляет производство по уголовному делу.

¹ Рыжаков А.П. Уголовный процесс: учебник для вузов. 2-е изд., изм. и доп. - М.: НОРМА, 2003. С. 455-456.

Возобновление производства по прекращенному уголовному делу - правовая деятельность, возникающая лишь при наличии оснований и осуществляемая в порядке, установленном законом. В отличие от возобновления приостановленного дела, которое является закономерным следствием предшествующего приостановления, возобновление прекращенных дел - акт исключительный, заранее не планируемый. Он появляется не в итоге активных действий, как при возобновлении приостановленных дел, а порождается ошибками или иными недостатками предварительного расследования.

Основаниями возобновления прекращенного уголовного дела в порядке ч. 1 ст. 214 УПК РФ служат любые допущенные следователем и дознавателем нарушения при производстве и окончании предварительного следствия и дознания, которые привели к вынесению незаконного и необоснованного решения о прекращении дела.

Постановление о прекращении дела и уголовного преследования должно быть изложено таким образом, чтобы были:

- а) указаны обстоятельства, послужившие поводом и основанием для возбуждения уголовного дела (п. 3 ч. 2 ст. 213);
- б) приведены результаты предварительного расследования и данные о лицах, в отношении которых осуществлялось уголовное преследование (п. 5 ч. 1 ст. 213);
- в) изложены фактические данные и доказательства в подтверждение результатов предварительного расследования;
- г) указаны юридические основания (пункт, часть, статья УПК), на основании которых прекращено уголовное дело и (или) уголовное преследование (п. 7 ч. 1 ст. 213)¹.

Если нет основания продолжать расследование по делу, следователь одновременно принимает решение о прекращении уголовного дела в целом. Поэтому целесообразно именовать документ не постановлением о прекращении уголовного дела (уголовного преследования), а постановлением о прекращении уголовного преследования с прекращением уголовного дела. Это завершающий этап деятельности следователя по доказыванию виновности подозреваемого, обвиняемого в совершении инкриминируемого деяния и деятельности иных участников предварительного следствия, заключающейся в выяснении наличия фактических и юридических оснований для принятия такого решения. С вынесением постановления

¹ Рыжаков А.П. Уголовный процесс: учебник для вузов. - М.: НОРМА, 2002. С. 455.

о прекращении уголовного преследования, а в предусмотренных законом случаях с постановки на постановление согласительной резолюции руководителя следственного органа, возникшие в связи с возбуждением уголовного дела.

Как известно, законодатель лишь недавно устранил прямые несоответствия между УК РФ и УПК РФ в этой области. Но остались и другие, не столь очевидные. Так, например, нормативное регулирование института процессуального прекращения фактически рассчитано лишь на классические случаи уголовной ситуации: одно деяние, совершенное одним лицом. Там же, где речь идет о соучастии либо о множественности, применение соответствующих норм УПК РФ вызывает определенные сложности.

Почему, например, при отсутствии состава преступления должно прекращаться все уголовное дело (п. 2 ст. 24 УПК РФ), ведь эта правовая категория помимо объективных элементов (которые, кстати, укладываются в понятие «отсутствие события преступления» - пункт 1 ч. 1 ст. 24) имеет и субъективные (и именно они приходятся на долю второго пункта), относимые не к факту преступления, а к лицу, его совершившему? Проще говоря, состав преступления может отсутствовать в деянии лишь одного из «соучастников». То же можно сказать и в отношении обстоятельств, указанных в п. 4, 6 ч. 1 ст. 24, п. 1 ч. 1 ст. 439 УПК РФ, которые могут относиться не ко всем лицам, совершившим это деяние совместно. Вправе ли правоприменитель прекратить в данном случае все уголовное дело, как этого требует закон? В силу принципа публичности - нет. На наш взгляд, все обстоятельства, относящиеся к личностным характеристикам и по всей правовой природе, препятствующие уголовному производству, должны быть отнесены к основаниям для прекращения уголовного преследования, в целом же производство по такому делу может быть прекращено по основанию, предусмотренному в ч. 4 ст. 24 УПК РФ.

Далее в случае соучастия может возникнуть и такой вопрос: является ли заявление потерпевшего по делу частного обвинения основанием для возбуждения уголовного дела и уголовного преследования всех лиц, совершивших преступление, независимо от того, кого конкретно потерпевший хочет привлечь к уголовной ответственности или преследоваться могут только те лица, которых потерпевший указал в своем заявлении? Исходя из требований главы 41 УПК РФ, верным

является второе предположение. А если это так, то и обстоятельство, предусмотренное в (п. 5 ч. 1 ст. 24), следует признать личностным и отнести к основаниям для прекращения уголовного преследования¹.

Прекащая уголовное дело, следователь и дознаватель должны разрешать все вопросы, из него вытекающие: об отмене меры пресечения, а также наложения ареста на корреспонденцию, временного отстранения от должности, контроля и записи переговоров; о вещественных доказательствах (п. 8, 9 ч. 2 ст. 213 УПК РФ). Не каждое из этих процессуальных решений является обязательным по прекращаемому уголовному делу. Такие решения принимаются лишь в тех случаях, когда это диктуется конкретными обстоятельствами дела. Так, если в деле имеются вещественные доказательства, то в резолютивной части постановления о прекращении уголовного дела в отношении них следует указать конкретные распорядительные меры.

Приняв решение о прекращении уголовного дела, следователь, дознаватель вручает либо направляет копию этого постановления лицу, в отношении которого прекращено уголовное преследование, а также потерпевшему, гражданскому истцу и гражданскому ответчику.

Орган предварительного расследования в случае принятия решения о прекращении уголовного дела предоставляет право потерпевшему знакомиться со всеми материалами уголовного дела и приносить жалобы на решения дознавателя, следователя, в том числе обжаловать постановление о прекращении уголовного дела.

Необходимо отметить, что ст. 28 УПК РФ ставит в неравное положение обвиняемого и потерпевшего. Потерпевший согласно названной статье не имеет равного права с обвиняемым возражать против принятого решения по делу. В таких случаях потерпевший может воспользоваться лишь своим правом принесения жалобы на решение дознавателя, следователя, суда (ст. 42 УПК), а у обвиняемого необходимо выяснить, не возражает ли он против прекращения дела. Было бы более справедливым предусмотреть такие права и для потерпевшего, особенно в случаях, если ему не возмещен или не полностью возмещен причиненный ущерб².

¹ Арестова Е.Н. Прекращение уголовного дела (уголовного преследования) при производстве дознания. Российский следователь. 2003. №11. С. 36-37.

² Тогоидзе Н.В. Научно-практическая конференция "Правовая и криминологическая оценки нового УПК РФ". // Государство и право. 2002. №10. С. 116.

По общему правилу решение о прекращении уголовного дела может быть обжаловано прокурору или в суд, а судебное решение - в вышестоящий суд.

Рассмотрение жалоб на прекращение уголовного дела и (или) уголовного преследования не входит собственно в уголовно-процессуальную деятельность органов следователя и дознавателя, поскольку осуществляется после окончания предварительного расследования прокурором или судом. Однако роль такой деятельности контролирующих органов трудно переоценить как с позиций обеспечения законности в уголовном судопроизводстве, так и с точки зрения гарантий прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства.

Согласно ст. 123 УПК РФ, жалоба может быть подана потерпевшим, гражданским истцом, представителями потерпевшего и гражданского истца, подозреваемым, обвиняемым, защитником, законным представителем несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого, гражданским ответчиком и его представителем. Право обжалования при прекращении уголовного дела принадлежит также иным лицам, как участвующим, так и не принимающим участия в деле. Закон предусматривает право подачи жалобы такими лицами только в той части, в которой процессуальные действия и решения на данном этапе затрагивают их интересы.

НЕСКОЛЬКО ЗАМЕЧАНИЙ ДЕЙСТВУЮЩЕМУ УГОЛОВНОМУ ЗАКОНУ

Жовнир С.А. -

к.ю.н., доцент кафедры права и криминологии

Настоящий уголовный закон был введен в действие 01.01.1997 года. В УК РФ Федеральным законом от 08.12.2003 г. внесены существенные изменения и дополнения, направленные на гуманизацию уголовного законодательства, однако и сегодня уголовный закон, на наш взгляд, нуждается в дальнейшем совершенствовании. Ряд положений УК РФ следовало бы изменить, в связи с этим нам хотелось бы сделать несколько замечаний действующему уголовному закону.

1. Статья 1 УК РФ «Уголовное законодательство Российской Федерации» в части первой определяет: «Уголовное зако-

нодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса». В этой же части сказано: «Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс». На наш взгляд, второе предложение в ч. 1 ст. 1 УК РФ является излишним, поскольку его содержание дублирует ч. 1 ст. 3 УК РФ: «Преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только УК РФ». Кроме того, оно требует расширительного толкования. Действительно, в Уголовный кодекс следует в обязательном порядке включать не только новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, но и новые законы, содержащие нормы о действии УК РФ во времени, пространстве и по кругу лиц, нормы о соучастии, множественности преступлений, о вине, о неоконченном преступлении и т.д. Из смысла первого предложения ч. 1 ст. 1 УК РФ следует, что никакие, отдельно существующие от УК РФ, новые законы, даже предусматривающие уголовную ответственность, не являются уголовным законодательством, соответственно, они не могут быть применимы в уголовно-правовой сфере, особенно в сфере назначения наказания. Часть 1 ст. 1 УК РФ следует изложить в следующей редакции: «Уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса».

2. Статья 4 УК РФ «Принцип равенства граждан перед законом» гласит: «Лица, совершившие преступления, равны перед законом и подлежат уголовной ответственности независимо от пола, расы, национальности и т.д. ...». Во-первых, несогласованными в этой норме оказываются название статьи и ее диспозиция. В названии ст. 4 УК РФ речь идет о «равенстве граждан», а в диспозиции статьи говорится о «равенстве лиц, совершивших преступления». Юридически категория «лицо, совершившее преступление» имеет большее содержание нежели категория «гражданин», поскольку охватывает иностранных граждан и лиц без гражданства, которые в силу ст. 19 УК РФ также являются субъектами преступлений. Название ст. 4 УК РФ уже поэтому следует признать неверным. Во-вторых, название ст. 4 УК РФ и диспозиция этой статьи неверны по сути, поскольку уголовный закон исходит не из принципа равенства лиц перед ним, а из принципа дифференциации уголовной ответственности. Так, например, в силу ч. 6 ст. 88 УК РФ наказание в виде лишения свободы несовершеннолетним не назначается свыше 10 лет

даже при совершении ими особо тяжких преступлений, в силу ч. 2 ст. 57 УК РФ пожизненное лишение свободы не назначается женщинам, а также лицам, совершившим преступления в возрасте до восемнадцати лет, в силу ч. 3 ст. 60 УК РФ суд при назначении наказания обязан учитывать личность виновного, а это означает, что суд должен будет принимать во внимание те обстоятельства, о которых говорит ст. 4 УК РФ: «...имущественное и должностное положение, отношение к религии, убеждения и др.». Равенство лиц, совершивших преступление, должно быть исключительно при решении вопроса о привлечении конкретного лица к уголовной ответственности. Независимо от имеющихся заслуг перед обществом, должностного и имущественного положения лица, в случае совершения им преступления, уполномоченные государством органы должны привлечь к уголовной ответственности. Привлечение к уголовной ответственности означает, что это лицо приобретает в уголовном процессе статус подозреваемого, а в последующем обвиняемого, допрашивается по обстоятельствам совершенного им преступления. На наш взгляд, название и диспозицию ст. 4 УК РФ следует изменить и изложить название статьи в следующей редакции: «Принцип равенства лиц, совершивших преступления, при привлечении к уголовной ответственности», в диспозиции статьи записать: «Лица, совершившие преступления, подлежат уголовной ответственности независимо от пола, расы, национальности и др. ...». В части второй этой же статьи логично было бы закрепить исключение из продекларированного принципа равенства лиц, совершивших преступления, при привлечении к уголовной ответственности. Исключение из принципа равенства лиц, совершивших преступления, при решении вопроса о привлечении их к уголовной ответственности в действующем УК РФ содержится в ч. 4 ст. 11 УК РФ. Часть 4 ст. 11 УК РФ определяет, что «вопрос об уголовной ответственности дипломатических представителей иностранных государств и иных граждан, которые пользуются иммунитетом, в случае совершения этими лицами преступления на территории Российской Федерации разрешается в соответствии с нормами международного права». На наш взгляд, из ст. 11 УК РФ следует исключить часть четвертую, текст ч. 4 ст. 11 УК РФ сделать текстом ч. 2 ст. 4 УК РФ, которой дополнить ст. 4 УК РФ.

3. Статья 5 УК РФ «Принцип вины» в части первой гласит: «Лицо подлежит уголовной ответственности только за те

общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина». Уголовный закон, закрепляя принцип вины, не раскрывает ее содержание, в силу чего значение ст. 5 УК РФ, то есть принципа вины, остается непонятным. Эту ситуацию уголовный закон мог бы исправить, если бы в главе 5 УК РФ «Вина» законодатель дал бы понятие вины. Однако в указанной главе УК РФ опять не раскрывает содержание и суть вины, а в главе 5 ст. 24 УК РФ сразу переходит к определению форм вины. Как следствие этой загадочности законодателя принцип вины в действующей редакции из-за неясности формулировки не может выполнять роль принципа уголовного права, то есть основного руководящего положения, идеи, начала¹. Кроме того, такой подход законодателя порождает поток теоретических изысканий на предмет того, что же все-таки составляет суть вины. Варианты поиска этой сути предложены, например, концепция вины как психического отношения лица к совершенному им деянию и причиненным общественно-опасным последствиям², концепция вины как оценки степени упречности поведения лица, где вина представляет собой величину упрека, который государство в лице управомоченных органов может адресовать преступнику³. На наш взгляд, действующий УК РФ нуждается в определении вины, которое должно быть сформулировано в главе 5 УК РФ. Считаем, что понимание вины как психического отношения лица к совершенному деянию и общественно-опасным последствиям не соответствует действительному положению вещей. Так, небрежность - вид неосторожной формы вины - определена в ч. 3 ст. 26 УК РФ ситуацией, при которой лицо «не предвидит возможности наступления общественно-опасных последствий своих действий (бездействия), хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти последствия». Если лицо не предвидит возможности наступления общественно-опасных последствий своих действий (бездействия), то, соответственно, оно никак не может относиться к указанным последствиям, какое бы то ни было психическое отношение у

¹ См., например: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. - М., 1963. С. 135; Советское уголовное право. Общая часть. Под ред. Н.А. Беляева, М.И. Ковалева. - М., 1977. С. 20; Курс советского уголовного права. Часть общая. Т. 1. - Л., 1968. С. 18.

² См., например: Рарог А.И. Вина в советском уголовном праве. - Саратов, 1987.

³ См., например: Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. - М., 1950.

такого лица к последствиям отсутствует¹. Во-вторых, пока не изобретено специального прибора, позволяющего устанавливать психическое отношение субъекта к совершаемому деянию и последствиям, без оценки его поведения, то есть без анализа, оценки признаков объективной стороны преступления, определение вины как психического отношения лишено практического содержания. Понять психическое отношение субъекта все равно будет возможно не само по себе, а только посредством анализа поведения лица. Из конкретных обстоятельств по уголовному делу будет понятно, какую силу упрека можно адресовать субъекту преступления, значит, величиной упрека можно будет измерить степень вины лица. Так, этот упрек будет наибольшим при совершении преступления с прямым умыслом, поскольку в этом случае деяние лица носит целенаправленный характер на причинение вреда общественным отношениям, меньшим при совершении преступления с косвенным умыслом, еще меньшим при совершении преступления по легкомыслию, поскольку в этом случае в поведении лица должен прослеживаться расчет на предотвращение преступных последствий и наименьшим при небрежном причинении общественно-опасных последствий, поскольку из поведения лица должно следовать, что субъект не предвидит наступления преступных последствий. Еще одно соображение, по которому нельзя определять вину как психическое отношение лица, состоит в том, что в близкой перспективе признание субъектом преступления не только физических, но и юридических лиц (особенную актуальность признание юридического лица субъектом преступления имело бы по экологическим преступлениям, преступлениям в сфере экономической деятельности). Как известно, юридическое лицо не может иметь психического отношения, поэтому концепция вины как психического отношения рассчитана исключительно на физическое лицо. На наш взгляд, было бы правильно закрепить в ст. 24 УК РФ следующее определение вины: «Виной лица в совершении преступления является упречность поведения лица, отрицательная оценка поведения лица органами предварительного расследования и судом».

4. Статья 27 УК РФ «Ответственность за преступление, совершенное с двумя формами вины» устанавливает, что «в

¹ См. по этому вопросу: Плотников А.И. Объективное и субъективное в уголовном праве. - Оренбург, 1997.

целом преступление, совершенное с двумя формами вины, признается совершенным умышленно». На наш взгляд, такое утверждение уголовного закона некорректно, позволяет считать умысел в преступлении с двумя формами вины «главное» неосторожности. На самом деле каждая из форм вины в таких преступлениях существует самостоятельно, изолированно, не смешиваясь и не поглощаясь другой формой. Каждая из форм вины в преступлениях с двумя формами вины, таким образом, имеет равное значение с другой формой. Именно поэтому законодатель говорит о двух формах вины, а не о двойной форме вины или смешанной вине. Практический смысл такого утверждения уголовного закона понятен, если обратиться к ч. 4, ч. 5 ст. 15 УК РФ «Категории преступлений», где законодатель закрепил, что тяжкими и особо тяжкими преступлениями могут признаваться только умышленные преступления. Поэтому для того, чтобы признать преступления с двумя формами вины тяжкими или особо тяжкими преступлениями в ст. 27 УК РФ установлено, что в целом такие преступления нужно считать умышленными. От категории преступления, в свою очередь, зависит решение многих практических вопросов: освобождение от наказания, место отбывания наказания в виде лишения свободы, правила условно-досрочного освобождения и т.д. На наш взгляд, редакцию ст. 27 УК РФ следует изменить, исключив из нее оговорку, что «в целом преступление с двумя формами вины признается совершенным умышленно». В ч. 4 ст. 15 УК РФ внести изменения, изложив в следующей редакции: «Тяжкими преступлениями признаются умышленные деяния, а также преступления с двумя формами вины, за совершение которых максимальное наказание, предусмотренное настоящим Кодексом, не превышает десяти лет лишения свободы». В ч. 5 ст. 15 УК РФ внести изменения, изложив в следующей редакции: «Особо тяжкими преступлениями признаются умышленные деяния, а также преступления с двумя формами вины, за совершение которых настоящим Кодексом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше десяти лет или более строгое наказание».

5. Статья 30 УК РФ «Приготовление к преступлению и покушение на преступление» в части третьей указывает: «Покушением на преступление признаются умышленные действия (бездействие) лица, непосредственно направленные на совершение преступления, если при этом преступление не было

доведено до конца по не зависящим от этого лица обстоятельствам». На наш взгляд, формулировка, используемая законодателем: «Действия (бездействие) лица, непосредственно направленные на совершение преступления» не отражает сути покушения на преступление. Суть покушения на преступление состоит в том, что в деянии лица содержится часть признаков объективной стороны состава преступления. Именно по этому критерию покушение на преступление отличается от приготовления к преступлению и от оконченного преступления. При приготовлении к преступлению объективная сторона состава преступления еще не начинает исполняться, при оконченном преступлении в деянии лица есть все признаки состава преступления. Как действия, непосредственно направленные на совершение преступления, теоретически верно будет рассматривать действия по приисканию, приспособлению орудий или средств совершения преступления, приисканию соучастников преступления, сговору на совершение преступления и т.д. Таким образом, ст. 30 УК РФ не проводит четких различий между приготовлением к преступлению и покушением на преступление, фактически смешивает категории «приготовление» и «покушение». На наш взгляд, правильно было бы изложить ч. 3 ст. 30 УК РФ в следующей редакции: «Покушением на преступление признаются умышленные действия (бездействие) лица, содержащие часть признаков объективной стороны состава конкретного преступления, если при этом преступление не было доведено до конца по не зависящим от этого лица обстоятельствам». Часть 1 ст. 30 УК РФ, на наш взгляд, следует дополнить следующим предложением: «При приготовлении к преступлению объективная сторона состава конкретного преступления не исполняется». Интересно, что в теории уголовного права авторы указывают принципиальное различие между стадиями совершения преступления, основанное на реализации в деянии лица признаков объективной стороны состава преступления¹. На наш взгляд, правильно было бы непосредственно в уголовном законе отразить эти особенности. В таком качестве закон нельзя было бы упрекнуть в нечеткости формулировок. С другой стороны, студенты вузов, получающих юридическое образование, как лица, не обладающие достаточным запасом знаний уголовного закона, приобрели бы правильное пред-

¹ См., например: Караулов В.Ф. Стадии совершения преступления. - М., 1982.

ставление о различии стадий из первоисточника, а не из теории уголовного права.

6. Статья 34 УК РФ «Ответственность соучастников преступления» в части третьей установила: «Уголовная ответственность организатора, подстрекателя и пособника наступает по статье, предусматривающей наказание за совершенное преступление, со ссылкой на статью 33 настоящего Кодекса, за исключением случаев, когда они одновременно являлись соисполнителями преступления». Настоящая формулировка закона неверна, поскольку это правило касается только одной формы соучастия - группы лиц по предварительному сговору. В то же время организатор, подстрекатель, пособник присутствуют и в таких формах соучастия как организованная группа и преступное сообщество. Однако в этих формах соучастия ссылка при квалификации для указанных видов соучастников на ст. 33 УК РФ не нужна. В организованной группе действия всех соучастников, независимо от выполняемой ими роли, должны быть квалифицированы как действия соисполнителей без ссылки на ст. 33 УК РФ. Так, п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» гласит: «При признании убийства совершенным организованной группой действия всех участников независимо от их роли в преступлении следует квалифицировать как соисполнительство без ссылки на ст. 33 УК РФ». Пункт 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. №29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» говорит: «При признании преступлений совершенными организованной группой действия всех соучастников независимо от их роли в содеянном подлежат квалификации как соисполнительство без ссылки на статью 33 УК РФ». Квалификация действий соучастников, совершивших преступление в составе преступного сообщества проводится по совокупности статей: ч. 1 или ч. 2 ст. 210 УК РФ и статьи, предусматривающей ответственность за совершение конкретного преступления. Действия соучастников, совершивших преступление в составе преступного сообщества, по конкретному преступлению квалифицируются как действия соисполнителей без ссылки на ст. 33 УК РФ. На наш взгляд, ч. 3 ст. 34 УК РФ следует изменить, изложив в следующей редакции: «Уголовная ответственность организатора, подстрекателя, пособника, совершивших преступление в составе группы лиц по предва-

рительному сговору, наступает по статье, предусматривающей наказание за совершенное преступление, со ссылкой на статью 33 настоящего Кодекса, за исключением случаев, когда они одновременно являлись соисполнителями преступления».

7. Статья 35 УК РФ «Совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой, преступным сообществом (преступной организацией)» в части второй дает понятие группы лиц по предварительному сговору: «Преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном совершении преступления». Определение группы лиц по предварительному сговору сформулировано в уголовном законе неточно.

Путем толкования этого определения может сложиться представление, что для группы лиц по предварительному сговору необходимы два условия:

- 1) наличие предварительного сговора между соучастниками;
- 2) участие в преступлении хотя бы двух лиц, отвечающих признакам годного субъекта преступления.

На самом деле для выяснения сути группы лиц по предварительному сговору необходимо обратиться к ч. 1 ст. 35 УК РФ, где содержится общее понятие группы. В ч. 1 ст. 35 УК РФ сказано: «Преступление признается совершенным группой лиц, если в его совершении совместно участвовали два или более исполнителя без предварительного сговора». Таким образом, путем систематического толкования ч. 2 ст. 35 УК РФ можно прийти к выводу: для группы лиц по предварительному сговору необходимо, чтобы в ее составе было как минимум два соисполнителя. Кроме двух соисполнителей, могут быть и другие соучастники: организатор, подстрекатель, пособник. Судебная практика также исходит из необходимости наличия в составе группы лиц по предварительному сговору двух соисполнителей. Так, п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» гласит: «Убийство признается совершенным группой лиц, когда два или более лица, действуя совместно с умыслом, направленным на совершение убийства, непосредственно участвовали в процессе лишения жизни потерпевшего, применяя к нему насилие, причем обязательно, чтобы повреждения, повлекшие смерть, были

причинены каждым из них. При этом, *наряду с соисполнителями преступления* (курсив наш - С.Ж.), другие участники преступной группы могут выступать в роли организаторов, подстрекателей или пособников убийства». Пункт 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. №29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» говорит: «При квалификации действий виновных как совершение хищения чужого имущества группой лиц по предварительному сговору суду следует выяснять, имел ли место такой сговор соучастников до начала действий, непосредственно направленных на хищение чужого имущества, состоялась ли договоренность о распределении ролей в целях осуществления преступного умысла, а также *какие конкретно действия совершены каждым исполнителем* (курсив наш - С.Ж.) и другими соучастниками преступления. В приговоре надлежит оценить доказательства *в отношении каждого исполнителя* (курсив наш - С.Ж.), совершенного преступления и других соучастников (организаторов, подстрекателей, пособников)». Если преступление по предварительной договоренности с организатором было исполнено одним лицом, то группа лиц по предварительному сговору отсутствует (так называемое в теории уголовного права «соучастие без образования группы»). На первый взгляд, эта ситуация соответствует содержанию ч. 2 ст. 35 УК РФ, поскольку ч. 2 ст. 35 УК РФ ничего не говорит о необходимости наличия в составе группы лиц по предварительному сговору двух соисполнителей. На наш взгляд, редакцию ч. 2 ст. 35 УК РФ следует изменить, изложив ее в следующем варианте: «Преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в составе группы совместно участвовали два или более исполнителя по предварительному сговору». В такой редакции закона исключалась бы необходимость в систематическом толковании, учитывалась бы сложившаяся уже давно судебная практика и точно определялась бы суть группы лиц по предварительному сговору.

8. Статья 35 УК РФ «Совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой, преступным сообществом (преступной организацией)», известная в теории уголовного права как закрепляющая формы соучастия, не предусматривает в качестве формы соучастия без образования группы лиц. Речь идет о таких ситуациях, когда преступление было совершено одним

исполнителем при наличии предварительной договоренности об этом с организатором преступления либо (и) при участии пособника, подстрекателя. Все признаки соучастия есть в соучастии без образования группы лиц: в умышленном преступлении совместно, умышленно принимают участие двое или большее число лиц (но только один исполнитель преступления). По объективному критерию (способу взаимодействия соучастников) рассматриваемая нами форма соучастия относится к сложному соучастию (соучастию с разделением ролей). По субъективному критерию (наличию предварительной договоренности между соучастниками) указанная форма соучастия является соучастием, где предварительный сговор присутствует. Сформировавшаяся судебная практика квалифицирует действия соучастников, когда преступление совершается одним исполнителем при наличии предварительной договоренности с организатором преступления или (и) при участии пособника, подстрекателя для исполнителя преступления только по статье Особенной части УК РФ, предусматривающей ответственность за совершение конкретного преступления, без ссылки на ст. 33 УК РФ и без применения квалифицирующего признака «группа лиц по предварительному сговору», для организатора преступления, пособника, подстрекателя по статье Особенной части УК РФ, предусматривающей ответственность за совершение конкретного преступления, со ссылкой на соответствующую роли соучастника часть ст. 33 УК РФ и без применения квалифицирующего признака «группа лиц по предварительному сговору». На наш взгляд, в ч. 1 ст. 35 УК РФ следует закрепить то, что давно признано судебной практикой, то есть определение соучастия без образования группы лиц. Определение этой формы соучастия должно быть записано в следующей редакции: «Соучастием без образования группы лиц признается совершение преступления одним исполнителем, если в преступлении по предварительному сговору участвовали организатор, подстрекатель, пособник».

9. Статья 35 УК РФ «Совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой, преступным сообществом (преступной организацией)», определяя понятие преступного сообщества, по неясным нам причинам, в скобках называет его преступной организацией. На наш взгляд, термин «преступная организация» нужно признать неудачным. «Организация» - это категория гражд-

данского права. Так, согласно п. 1 ст. 48 ГК РФ, «организация - это юридическое лицо». Согласно п. 2 ст. 51 ГК РФ, организация «считается созданной со дня внесения соответствующей записи в единый государственный реестр юридических лиц». Таким образом, термин «преступная организация» рождает противоречивые странные ассоциации: юридическое лицо, занимающееся преступной деятельностью, подлежащее некой процедуре оформления, регистрации, а если продолжать далее этот абсурдный ряд, то покажется, что преступная организация должна платить налоги со своей противоправной деятельности и т.д. Поэтому мы считаем, что законодатель излишне ввел двойное название для этой формы соучастия, называя ее преступным сообществом или преступной организацией. Слова «преступная организация» необходимо исключить из ст. 35 УК РФ.

В настоящей публикации нами изложены только некоторые замечания действующему уголовному закону, касающиеся раздела второго УК РФ «Преступление». Немало претензий законодателю можно высказать и по третьему разделу УК РФ «Наказание». Они, в основном, относились бы к системе и видам наказаний. Считаем, что в действующий УК РФ необходимы изменения, которые более точно и полно позволили бы изложить статьи уголовного закона.

КРИТЕРИИ ДОПУСТИМОСТИ ТАКТИЧЕСКИХ ПРИЕМОВ В СЛЕДСТВЕННОЙ ТАКТИКЕ

*Журавлев Ю.Г. -
преподаватель кафедры уголовно-процессуального права
и криминалистики*

С появлением криминалистических приемов в уголовном судопроизводстве следственные работники обратили внимание на большие потенциальные возможности психологии в деле расследования преступлений.

Основоположник криминалистики Г. Гросс, излагая свои взгляды на тактику осмотра места происшествия, основным психологическим условием для успешной деятельности следователя считал его спокойствие. При характеристике личности следователя он предъявлял к ней высокие требования. По его мнению, следователь должен обладать в высшей степени

твердой решительностью в характере и в действиях, основательно знать человека как главный материал предварительного следствия, быть способным хорошо ориентироваться в сложной обстановке на месте происшествия¹.

В настоящее время специалисты криминалистической психологии создали работы, в которых подробно анализируются эмоциональные психические, этические процессы в деятельности по расследованию преступлений. В области судебной психологии работали и работают известные криминалисты: А.Р. Ратинов, А.В. Дулов, В.Л. Васильев и другие.

Одной из самых разработанных и в то же самое время одной из спорных проблем является проблема использования тактических приемов, основанных на данных психологии. Не существует единого мнения о критериях допустимости и пределов психологического воздействия.

Понятие тактического приема в разное время определялось по-разному. Так, А.Н. Васильев считал, что тактический - это «метод действия в расследовании для достижения цели, рассчитанный на оптимальный эффект при относительно минимальном затратах времени и сил»². Как совокупность приемов проведения следственных действий представляют себе тактические приемы А.В. Дулов, П.Д. Нестеренко³ и некоторые другие авторы.

С позиции других авторов тактический прием определяется как адекватный ситуации способ речевого и неречевого воздействия на объект (фрагмент объективной действительности, документ, предмет, человек), способствующий эффективному собиранию и использованию информации, оптимизации решения других задач при проведении расследования⁴.

При криминалистическом понимании данного термина следует учитывать ряд существенных обстоятельств. Субъектом применения тактического приема является следователь либо другое лицо, осуществляющее расследование по уголовному делу. Сфера его применения - деятельность при осуществлении расследования. Выбор соответствующего варианта, пути решения задачи осуществляется с учетом особенностей объекта тактического воздействия и сложившейся следственной ситуации.

¹ Гросс Г. Руководство для судебных следователей. - СПб., 1908. С. 35-36.

² Васильев А.Н. Следственная тактика. - М., 1976. С. 250.

³ Дулов А.В., Нестеренко П.Д. Тактика следственных действий. - Минск: Изд-во "Высшая школа", 1971. С. 23.

⁴ Образцов В.А. Криминалистика: учебное пособие. - М.: Изд-во "Юрикон", 1994. С. 101.

На сегодняшний день процессуальный закон не регулирует все приемы, которые в конкретной ситуации необходимо применять в целях раскрытия преступлений, да это практически и невозможно. Данную задачу выполняет следственная практика и криминалистика. В отличие от нормы процессуального закона, тактические приемы не имеют обязательной силы, применение их предопределяется обстоятельствами конкретного преступления и условиями расследования¹.

Сами приемы весьма разнообразны, а для того, чтобы понять их сущность, необходимо обратиться к их классификации по различным основаниям. Так, существуют различные общие и частные классификации тактических приемов². По степени их общности они подразделяются на применяемые при производстве:

- 1) всех следственных действий;
- 2) определенных групп сходных видов следственных действий;
- 3) следственного действия того или иного вида;
- 4) отдельных разновидностей следственного действия.

Такая классификация имеет практическое значение потому, что для полноценного расследования следователь должен четко представлять, какие приемы можно и нужно применять при производстве ряда следственных действий.

По степени универсальности тактические приемы могут быть разделены на три группы:

- 1) применяемые при подготовке следственного действия;
- 2) применяемые при производстве следственного действия;
- 3) применяемые при подготовке и производстве следственного действия (универсальные)³.

По характеру и направленности различаются поисковые, аналитические, познавательные приемы и правила, а также приемы и правила, полученные при передаче информации, приемы и правила речевого и неречевого воздействия. Исходя из дифференциации носителей информации, выделяются приемы и правила собирания личностной информации (информации, получаемой от людей) и вещной информации

¹ Закатов А.А. Тактические приемы в расследовании преступлений. - М., 2000. С. 4.

² Образцов В.А. Указ. соч. С. 102.

³ Шепитько В.Ю. Теоретические проблемы систематизации тактических приемов в криминалистике. - Харьков, 1995. С. 34.

(информации, получаемой при исследовании документов или иных материально-фиксированных объектов).

Важное теоретическое и практическое значение имеет классификация тактических приемов и правил в зависимости от специфики объектов, на которые воздействует следователь с помощью указанных средств. На этой основе выделяются:

- 1) приемы и правила как средства управления собственными чувствами и поведением;
- 2) приемы и правила как средства управления поведением других участников следственного действия;
- 3) приемы и правила как средства овладения ситуацией;
- 4) приемы и правила как средства организации работы следователя по поиску и взаимодействию с неговорящими объектами (живой и неживой природы)¹.

Важность заключается в том, что следователю при проведении расследования необходимо не только воздействовать на участников следствия (имеется в виду воздействие на подозреваемого и т.д.), но и на самого себя для дальнейшего овладения ситуацией.

Так, приемы управления следователем поведением участников следственного действия могут быть разделены на подгруппы, на основе учета видового распределения указанных лиц. Например, с учетом процессуального положения носителей и источников личностной информации выделяются приемы допроса: потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, эксперта, специалиста. Это очень важное деление, поскольку отличия в процессуальном положении обязывают следователя к применению специфических, отличающихся друг от друга средств воздействия. Так, при допросе подозреваемого, необходимо избрать такие приемы, которые расположат к общению, помогут установить психологический контакт, побудят к сотрудничеству со следствием. Свидетеля же необходимо заинтересовать в даче правдивых показаний, а в необходимых случаях путем психологического воздействия убедить предоставить необходимую, достоверную информацию. Именно поэтому так важно знать, какие приемы следует применять к лицам, имеющим различный процессуальный статус.

На современном этапе развития криминалистики и потребности практики можно и нужно говорить о необходи-

¹ Закатов А.А. Указ. соч. С. 17.

мости разработки приемов взаимодействия с другими участниками расследования, особенно приемов взаимодействия следователя и оперативно-разыскных подразделений.

Деятельность следователя - это не только познавательный, но еще и коммуникативный процесс. Среди приемов следственной тактики особенно важное значение имеют те, что связаны с психологическим воздействием на лиц, дающих ложные показания либо оказывающих противодействие расследованию. И если речь идет об использовании приемов, основанных на данных психологии, то чаще всего эти приемы следователь применяет самостоятельно, без чьей либо помощи (специалиста, эксперта и др.). На страницах криминалистической литературы широко освещена дискуссия о принципиальной допустимости психологического воздействия на допрашиваемого. И в случае положительного решения вопроса - о допустимых границах такого воздействия. Некоторые авторы такое воздействие называют психологическим внушением¹.

И здесь большое значение играет психология: социальная психология (возрастные, социально-психологические особенности лица, принадлежность к социальной группе); уголовная психология (изучающая характеристики личности, связанные с формированием антиобщественной установки, совершением преступления, а также такими ее позициями, которые противопоставляются нормам, требованиям морали); рефлексивное мышление и управление (их содержание заключается в переигрывании противника). Важность и огромное значение этих приемов заключается в том, что они непосредственно или опосредованно направлены на специфический объект - психику человека. Разработка и построение этих приемов, основано на психологических особенностях процессов восприятия, памяти, мышления, тех или иных свойствах и состояниях. Их содержание и механизм реализации обусловлены необходимостью оказания психологического воздействия с целью установления психологического контакта, воспоминания забытого, разоблачения лжи в показаниях и др.

Среди таких приемов можно выделить приемы, которые предложено называть психологическими реагентами, позволяющими проследить психологическую реакцию лица, на

¹ Васильев А.Н., Карнеева Л.М. Тактика допроса. - М., 1970. С. 113.

которое направлено воздействие. По этому признаку предлагается различать несколько групп реагентов:

1) приемы, основанные на создании правомерными действиями преувеличенного представления подозреваемого об осведомленности следователя;

2) приемы, основанные на внушении мысли о наличии у следователя значительных технических возможностей обнаружения доказательств;

3) приемы, основанные на неразглашении подлинной цели действий следователя с использованием фактора внезапности;

4) приемы, основанные на внушении мысли о целесообразности действий подозреваемого, способных его изобличить;

5) приемы, основанные на создании условий, при которых поведение подозреваемого в значительной мере характерно для виновного;

6) приемы, основанные на правомерном использовании внешних (естественных или искусственных) факторов, ослабляющих волевою сферу¹.

Наряду с рассмотренными криминалистическими основами тактических приемов, основанных на психологии, необходимо отметить, что не менее важное значение имеет знание, правильное понимание и соблюдение критериев допустимости таких приемов работниками следствия.

Критерии допустимости использования тактических приемов, основанных на данных психологии, являются и его основными свойствами (признаками). Критерии представляют собой конкретные, объективные признаки приема в сложившейся следственной ситуации.

На страницах научной литературы освещался вопрос о разграничении психологического воздействия на личность, нередко говорилось о психическом насилии, которое расценивается как противозаконное и аморальное. Единого мнения о том, что допустимо, а что нет, не существует. Но большинство ученых сходятся в том, что любые приемы должны соответствовать следующим критериям (признакам):

- 1) законности;
- 2) научной обоснованности;
- 3) нравственности;
- 4) избирательности;

¹ Пособие для следователя. Под. ред. проф. Н.А. Селиванова и А.И. Дворкина. - М.: "ЛИГА РАЗУМ". С. 13-18.

- 5) эффективности и целесообразности;
- 6) апробированности.

Самое неоднозначное отношение в литературе и на практике вызывают критерии законности, нравственности (этичности), эффективности и целесообразности применения тактического приема.

С помощью анкетирования и интервьюирования, проведенного среди следователей прокуратуры и МВД России, была предпринята попытка выяснения их мнения, в частности, в отношении к приведенной группе критериев тактического приема, основанного на психологии. В результате этого исследования следователи высказали мнение о том, что в 80% названные критерии соблюдаются, в 9,5% - нет, в 9,5% - не всегда.

Кроме того, положительное отношение к вышеприведенным ограничениям приемов при их применении высказали: 84,2% - за законность; 68,2% - за научную обоснованность; 65,3% - за избирательность; 56,4% - за эффективность; 72,1% - за апробированность; 18,2% - предложили свои варианты критериев¹.

Однако в практической деятельности следователя имеют место случаи, когда используются недопустимые приемы. Это подтверждает опрос следователей, а также наглядные примеры, описанные в литературе.

Чтобы избежать подобных ситуаций, необходимо четко уяснить допустимость применения таких приемов. Все критерии (признаки) законности, на наш взгляд, условно можно разделить на три большие группы:

1) конституционные критерии (принципы соблюдения прав и свобод личности, закрепленные в международно-правовых актах и Конституции Российской Федерации);

2) уголовно-процессуальные критерии (принципы уголовно-процессуального права и условия производства отдельных следственных действий, закрепленные в статьях УПК РФ);

3) уголовно-правовые критерии (УК РФ предусматривает целый ряд составов преступлений против правосудия, совершаемых должностными лицами, так или иначе причастными к расследованию преступлений).

Гарантом соблюдения критериев законности и нравственности в нашем государстве выступают Декларация прав и сво-

¹ Данные статистических исследований среди сотрудников правоохранительных органов, проведенных Центром Криминалистических Исследований. / Официальный сайт МВД.

бод человека и гражданина, а также Конституция Российской Федерации. В частности, ст. 2 Декларации гласит: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены законом только в той мере, в какой необходимо в целях защиты конституционного строя, нравственности, здоровья, законных прав и интересов других людей в демократическом обществе»¹.

В Конституции Российской Федерации также отводится важное место требованиям по соблюдению прав и свобод человека. Так, в ст. 17 говорится: «В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепринятым принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией».

Гарантии и свободы человека оговорены также в ст. 18 Конституции Российской Федерации: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием»; в ст. 29: «Все равны перед законом и судом»; в ст. 21: «Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть для его умаления. Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию»; в ст. 22: «Каждый имеет право на свободу и на личную неприкосновенность»².

В ч. 4 ст. 164 УПК РФ говорится, что «при производстве следственных действий недопустимо применение насилия, угроз и иных незаконных мер, а равно создания опасности для жизни и здоровья участвующих в них лиц»³.

Законность выступает важным требованием к использованию тактических приемов, основанных на психологии. Однако при практическом применении приемов этот критерий не соблюдается. Так, 84 следователя из 280 опрошенных в результате интервьюирования и анкетирования утвердительно ответили, что в их практической деятельности имелись заявления со стороны потерпевших (свидетелей) относительно

¹ Декларация прав и свобод человека и гражданина. Принята Верховным Советом РСФСР 22.11.1991. / Ведомости съезда Народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР №25 от 26.12.1991 г. С. 1864-1865.

² Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.

³ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 г. №174-ФЗ.

нарушения требований, предъявляемых к тактическим приемам при производстве следственных действий. Среди поступивших заявлений чаще всего говорилось о нарушении законности при использовании тактических приемов¹.

В следственной практике встречаются случаи использования угроз работниками МВД и прокуратуры в адрес подозреваемых (обвиняемых) с целью получения желаемого результата, но с нарушением закона.

Наличие такой практики свидетельствует о том, что у некоторых следователей не преодолено отношение к предписаниям процессуальных норм как к ненужной, обременительной формальности. При расследовании дела каждый из участников расследования должен руководствоваться принципом целесообразности, но при этом не должен забывать, что эффективно и целесообразно только то, что законно. Подобное понимание критерия эффективности и целесообразности давно признано криминалистами и должно быть не просто декларируемым принципом, но повседневной практикой.

Некоторые следователи считают эффективными и потому применяют в ходе следствия такие приемы, которые противоречат принципам этики. Известны факты, когда следователи признают эффективными тактические приемы, основанные на использовании обмана, заранее невыполнимых обещаний, разжигании конфликта между интересами соучастников расследуемого преступления, разглашении или угрозе разглашения обстоятельств интимной жизни и т.п.

Тактические приемы, основанные на психологии при проведении расследования, в каждом конкретном случае должны быть:

1) достаточно эффективными, способными содействовать достижению целей отдельных следственных действий и следствия в целом;

2) следователь несет моральную ответственность за правильный выбор и применение этих приемов при расследовании преступлений.

По мнению профессора В.А. Образцова, не допускаются приемы, основанные на лжи, фальсификациях, унижении чести и достоинстве людей, нарушения их законных прав, разжигании национальной, религиозной и классовой враж-

¹ Ковалев Л.Ю. Критерии допустимости в следственной деятельности. // Государство и право. №7. 2005. С. 38.

ды, межличностных конфликтов, использовании беспомощного состояния, слабостей и негативных черт личности¹.

Правильной, на наш взгляд, является позиция С.Г. Любичева, который говорит, что тактический прием, основанный на психологии, не должен:

- 1) унижать честь и достоинство участников процесса;
- 2) влиять на позицию невиновного, способствуя признанию им несуществующей вины;
- 3) оправдывать само совершение преступления и приуменьшать его общественную опасность;
- 4) способствовать оговору невиновных или обвинению виновных в большем объеме, нежели это соответствует их действительной вине;
- 5) основываться на неосведомленности обвиняемого или иных лиц в вопросах уголовного права и процесса;
- 6) способствовать развитию у обвиняемого или иных лиц низменных побуждений и чувств. Даче ими ложных показаний, совершению иных аморальных поступков;
- 7) основываться на сообщении следователем заведомо ложных сведений;
- 8) подрывать авторитет органов прокуратуры, МВД, милиции².

В то же время С.Г. Любичев считает, что допустимо лишь такое воздействие, при котором создаются благоприятные условия для течения психических процессов³. Подобная установка, как верно отметил профессор И.Ф. Пантелеев, является сомнительной, так как предполагает лишь такое воздействие, которое благоприятно отражается на психике соответствующего лица, и, очевидно, способствует улучшению его самочувствия и настроения, что исключает из числа допустимых приемов следственной тактики тех, которые основаны на факторе внезапности и связаны с воздействием на интеллектуальную сферу человека⁴. Действительно, в этом случае из тактического арсенала следователя исключается целый ряд приемов психологического воздействия, особенно таких, которые направлены на изобличение во лжи и преодоление противодействия расследованию.

¹ Криминалистика: учебное пособие. Под ред. проф. В.А. Образцова. - М.: "Юрикон", 1994. С. 106.

² Любичев С.Г. Этические основы следственной тактики. - М., 1980. С. 16.

³ См.: Там же. С. 39.

⁴ Пантелеев И.Ф. Некоторые вопросы психологии расследования преступлений. Труды ВЮЗИ. Вып. 29. - М., 1973. С. 221.

Где же тогда граница между психологическим воздействием и психическим насилием? Какие действия и заявления следователя считать обманом?

Тактический прием не должен быть основан на обмане. Необходимо сказать о том, в чем он заключается, к сожалению допускающийся следователями. Прежде всего - утверждение о факте, которого в действительности не было и нет. Например, следователь говорит обвиняемому, что его соучастник признал вину. Или заявляет, что эксперт дал категорическое заключение об оставлении обвиняемым следа на месте происшествия.

Формой обмана является заведомо неверная юридическая оценка содеянного. На практике отмечаются две ситуации. В одной из них следователь, зная, что преступление умышленное, предъявляет обвинение в неосторожном, расслабляя таким образом обвиняемого и получает от него признательное показание. Во второй ситуации следователь предъявляет обвинение в заведомо более тяжком преступлении, чтобы затем поторговаться с обвиняемым - принудить к признанию своей вины.

В практике есть случаи имитации действий, направленных на то, чтобы запугать обвиняемого. Так, во время допроса коллега следователя в соседнем кабинете бил ремнем по кожаному дивану, создавая иллюзию избиения другого допрашиваемого. Другой следователь во время допроса достал из сейфа ветеринарный шприц, флакон с водой и передал их помощнику, заверив, что после введения данного препарата допрашиваемый заговорит. Подобных примеров из следственной практики, к сожалению, можно привести огромное количество. Подобные приемы основаны на низменных побуждениях, чувстве страха, стыдливости и др. С точки зрения этики морали и нравственности подобные приемы недопустимы, так как сопряжены с психическим насилием и не оставляют человеку, на которого направлено воздействие, никакого выбора собственной позиции и линии поведения.

Критерием, при помощи которого проводится граница между допустимым психологическим воздействием и психическим насилием, считает А.Р. Ратинов, является свобода выбора поведения у лица, на которое оказывается воздействие.

Пример из следственной практики: сельская учительница была заподозрена в убийстве своего мужа. Имелось предположение, что труп закопан на приусадебном участке. Следова-

тель, оперативные работники с техническими помощниками, перекапывая сад и огород, затратили немалые усилия на поиски трупа. Безрезультатно. С наступлением сумерек следователь предложил оперативным работникам: «Сделаем перерыв. Продолжим завтра!». Сказано это было намеренно громко, чтобы услышала заподозренная. Ночью за участком было установлено наблюдение. Заподозренная своими действиями выдала себя. Она пыталась перетащить труп туда, где днем перекопали землю. Описанный прием, в данном случае побудил к действию заподозренную, но в то же время оставил право выбора за ней - она могла не предпринимать никаких действий, право выбора осталось за ней. И, естественно, если бы заподозренная была не причастна к совершению убийства и сокрытию трупа, то никак не прореагировала бы на громкое предложение следователя, адресованное прежде всего для нее.

Нельзя не согласиться с мнением А.Р. Ратинова, что правомерное воздействие, не являющееся психическим насилием, способствует формированию правильной позиции человека путем позитивного воздействия на его сознание и опосредованно приводит к правильной линии поведения¹.

Существенное влияние на психологический аспект применения тактических приемов оказывают особенности конкретной следственной ситуации, в рамках которой они применяются.

Специфика следственной работы предъявляет повышенные психологические требования к личности следователя, который нередко, в самых сложных, неожиданных ситуациях, принимая решения по расследованию преступления, не должен забывать о психологической стороне предварительного расследования. Например, избрать тот или иной тактический прием следователь должен не только в соответствии с требованиями уголовно-процессуального кодекса, но с учетом особенностей национальных и местных обычаев, традиций и привычек.

Поэтому задача следователя заключается в том, чтобы всегда выбирать такую линию поведения, которая бы в наибольшей степени одновременно обеспечивала как цели установления истины, так и имела бы воспитательное воздействие, то есть, раскрывая преступления, устанавливая истину, изобличая виновных, следователь не должен в то же время нару-

¹ Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. - М., 1967. С. 163.

шать естественные права и затрагивать естественные чувства стыдливости и достоинства, причинять моральный ущерб участнику расследования.

Значение приемов следственной тактики, основанных на психологии, весьма велико. При грамотном применении они представляют эффективное оружие в руках следователя, без них трудно, а порой невысказимо раскрыть преступление.

Все упомянутое делает вопрос о тактической вооруженности следователя особенно актуальным. Вопросами тактики он, вне сомнения, должен владеть лучше преступника. И помнить о том, что имеет право и в необходимых случаях должен пользоваться тактическими приемами. В том числе теми, которые оказывают психологическое воздействие на участников расследования¹.

ФОРМАЛИЗАЦИЯ И СУЩНОСТЬ КЛАССИФИКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Михаль О.А. -

*к.ю.н., старший преподаватель кафедры юридических дисциплин
Омской академии МВД России*

Цель исследования любого явления состоит в том, чтобы раскрыть его сущность. Взаимосвязь сущности и явления заключается в том, что, во-первых, явление с его признаками выступает исходным моментом познания сущности, а во-вторых - познанная сущность, в свою очередь, углубляет знание о явлении, раскрывает его.

Сущность - это такая определенность, которой обладают устойчивые глубинные процессы, происходящие в самом явлении. Гегель по этому поводу отмечал, что «сущность ... не находится за явлением или по ту сторону явления», а есть устойчивое существование самого явления². Методологическую основу познания сущности явлений составляет указание Гегеля на то, что сущность является³. Уточняя это положение, русский философ А.Ф. Лосев пишет, что «сущность является, то есть проявляется»⁴. «Проявляется» - значит, об-

¹ Пособие для следователя. Под ред. проф. Н.А. Селиванова и А.И. Дворкина. - М.: "ЛИГА РАЗУМ". С. 8.

² Гегель Г. Наука логики. - М., 1975. С. 295.

³ Там же.

⁴ Лосев А.Ф. Страсть к диалектике. - М., 1996. С. 29.

наруживается, становится явным¹. Применительно к сущности явления это есть обнаружение (проявление) сущности в будущем, после того, как появились признаки явления.

Сущность явления не находится на поверхности и поэтому не может быть дана в непосредственном восприятии. Если само явление воспринимается на основе характеризующих его признаков, то сущность того или иного явления «может быть раскрыта лишь научным исследованием»².

«Явление не показывает ничего такого, чего не было бы, в сущности, - писал Гегель, - и, в сущности, нет ничего такого, что не являлось бы»³. Следовательно, сущность любого явления, в том числе и преступления, лежит в плоскости тех признаков, существенных черт, которыми характеризуется явление. В этой связи сущность преступления следует видеть в общественной опасности данного вида социально-правового явления, поскольку именно общественная опасность выделяет преступление в ряду иных правонарушений.

Внешнее отражение сущности классификации преступлений - это, прежде всего, отражение ее в законодательстве. Современный законодатель выделил два критерия осуществления этого отражения. Речь идет о санкции статьи и форме вины, которые характеризуют ту или иную категорию преступления. Сущность не абсолютна. Реальный объект в виде классификации преступлений имеет сложную многоступенчатую структуру, различные уровни своей организации. Логика познания любого объекта исследования показывает, что она содержит в себе сущности разных порядков, менее глубокую и более глубокую, которые по разному проявляют себя на «поверхности».

Познание сущности классификации преступлений, в конечном счете, должно адекватно отражать социально-правовую реалию всех имеющихся в законе типов преступлений. Процесс познания стремится успешно пройти трудный путь, исходя из постулата «вещь в себе» до субстанции «вещь для нас».

Неразрывная связь, диалектическое единство сущности и явления - не означают их абсолютного тождества. Явление выражает внешнюю, видимую, отражаемую на поверхности

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. - М., 1992. С. 648.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 23. С. 552.

³ Гегель Г. Энциклопедия философских наук. Т. 1. - М., 1975. С. 128.

сторону объекта. Сущность же отражает внутреннюю, скрытую характеристику, не доступную чувственному восприятию. Явление обусловлено сущностью, представляет собой внешнее обнаружение сущности, форму ее проявления.

Изучая признаки явления классификации преступлений в виде санкции статьи и формы вины, можно проникнуть в ее сущность. Вопрос о сущности классификации преступлений может и должен связываться, на наш взгляд, лишь с объективностью характера причиняемого общественным отношениям вреда, конкретным выражением которого является общественная опасность (вредность) преступления¹.

Вот та методологическая основа, на базе которой возможно выявление сущности классификации преступлений.

Общественная вредность, являясь категорией сущности классификации преступлений, первоначально как объект исследования представлена в качестве явления. Чтобы проникнуть в сущность данного явления, необходимо, опираясь на другие категории, пройти длительный путь познания. «Поэтому категория сущности, - пишет В.И. Кириллов, - в познавательном процессе выступает лишь в конце этого пути, и, только раскрыв сущность, познание вновь возвращается к явлению, рассматривая объект как единство явления и сущности»².

Изучение объекта исследования на теоретическом уровне требует применения таких методов, как аналогия и моделирование, идеализация и формализация, посредством которых формируются законы и научные теории классификации преступлений.

Современная логическая техника чрезвычайно облегчила процесс построения самых разнообразных формальных систем, а тот факт, что научное познание широко оперирует крайне абстрактными понятиями и категориями, создает мощный стимул для многочисленных построений подобного рода. С другой стороны, формализация оказывается оправданной лишь тогда, когда движение в формальной плоскости либо непосредственно способствует получению содержательного результата (за счет уточнения понятий и постановки проблем),

¹ Автор рассматривает общественную опасность как более широкую категорию, нежели общественная вредность преступления. По своей природе общественная опасность влияет на социальные условия жизнедеятельности людей в силу повторяемости. Вместе с тем, в основе общественной опасности лежит существенное причинение вреда или угроза причинения вреда общественным отношениям или общественной вредность.

² Кириллов В.И. Логика. Учебник для юридических вузов. Изд. 5-е. / Под ред. В.И. Кириллова и А.А. Старченко. - М., 2001. С. 38.

либо вооружает исследователя аппаратом, который позволяет заметно ускорить решение задачи. Иначе говоря, формализация имеет смысл лишь в том случае, если она выступает средством, а не целью исследования¹.

В сфере социального познания, как и в иных областях знания, применяется системный подход, который может рассматриваться в настоящее время не столько как детально разработанная методология исследования, сколько как требование разработки подобной методологии, диктуемое реальным разрывом между задачами, стоящими перед социальными науками, и фактически полученными ими результатами.

Вместе с тем, следует учитывать, что исторически и логически познание начинается с познания вещей по их свойствам. Не является исключением и классификация преступлений. Изучение конкретных категорий преступлений, являющихся классификационными единицами, позволяет обеспечить познание сущности классификации преступлений. Сравнивая, скажем, преступление небольшой тяжести в ч. 1 ст. 129 УК РФ в виде клеветы, с преступлением средней тяжести в ч. 3 той же статьи в виде клеветы, соединенной с обвинением лица в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, можно прийти к выводу, что единственным отличием этих двух категорий преступлений является отсутствие квалифицирующего отягчающего обстоятельства в преступлении небольшой тяжести. Таким образом, можно установить «зависимость» категорий преступлений от определенных условий. Качественная определенность классификации преступлений выясняется в процессе отождествления и различения предметов познания, в виде категорий преступления, что и составляет сравнение.

Последнее в разных случаях применяется с различной целью и имеет неодинаковую познавательную направленность, определяемую наличием многообразия сторон объекта, а также практической необходимостью познания той или иной его стороны. По направленности сравнение может быть качественным и количественным. Ясно, что разделение сравнений на два класса, на качественные и количественные, есть один из видов классификации сравнений. Но именно этот вид деления сравнений позволяет подойти к выяснению методологического значения категорий «качество» и «количество» в классификации преступлений.

¹ См.: Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. - М., 1973. С. 38.

Переход от знания количества «степени» с превращением ее в характер общественной вредности, то есть к знанию меры и закона количественно-качественных изменений отличается не только направленностью процесса, но и сравнительно большой ролью логических и специально вырабатываемых математических приемов. Переходы от количества к качеству из степени общественной вредности в ее характер в конкретном познании многообразны.

Обработка направления в получении знания об объективной мере ведется с целью выяснения теоретически и практически важных средних значений величин, с целью познания закономерных зависимостей между изучаемыми величинами¹. Под мерой в методологическом плане понимается область количественных значений интенсивности какого-либо признака, в пределах которой исследуемое качество не изменяется. Крайние (минимальные и максимальные) значения этих количественных характеристик, переходя которые качество меняется, являются границами меры. Действительности присуще бесконечное многообразие мер. «Мера», как и категория «качество», относительна и фиксируется на том или ином уровне вместе с конкретизацией категории «качество». Если относительна, значит, может быть, какое угодно разнообразие признаков, влияющих на «превращение» степени в новый характер общественной вредности.

Причем нужно иметь в виду, что нет предела обобщениям знаний меры и законов, ибо достигнутое после первичного обобщения знание меры или эмпирического закона есть познание сущности только первого порядка.

Сущность второго порядка «скрыта» за пределами отраженных в законодательстве признаков, влияющих на изменение степени в характер общественной вредности. Она может быть выявлена при обработке результатов специальным образом организованных многократных измерений степени «проявленности» какого-либо квалифицирующего отягчающего признака у различных представителей исследуемого класса явлений. Иными словами, такое воздействие квалифицирующего отягчающего признака, влияющее на превращение степени в характер, которое зависит от объекта посягательства и объективной стороны.

¹ Тимофеев И.С. Методологическое значение категорий “качество” и “количество”. - М., 1972. С. 205.

С учетом изложенного можно увидеть, что в уголовно-правовой науке возрастает роль количественных методов, что является одной из сторон усиления математизации научного знания.

Сущность классификации преступлений не абсолютна. Ее реальность такова, что она имеет сложную многоступенчатую структуру, различные уровни своей организации. Логика познания классификации преступлений показала, что она содержит в себе сущности разных порядков, менее глубокую и более глубокую сущность, которые по разному проявляют себя на «поверхности». Изучение закономерностей «формирования» более тяжелой категории преступления в сравнении с менее тяжелой обеспечивается логическим познанием «вещи» в виде познания свойств категорий преступления.

Началом исторического и логического познания классификации преступлений является познание таких свойств категорий преступлений как их уголовно-правовые последствия. Так, например, в соответствии со ст. 76 УК РФ лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред.

Перемещая внимание с одной категории преступления на другую, мышление фиксирует тяжесть конкретного множества преступлений, относящихся к той или иной категории преступления. Такое множество, в конечном счете, может быть выражено числом. Так, например, по состоянию на 1.06.2006 г. из 599 составов, закрепленных в уголовно-правовых нормах, (с учетом квалифицирующих признаков) особо тяжкими преступлениями являлись 9,7%, тяжкими - 23,5%, средней тяжести - 33,3% и небольшой тяжести - 33,5% преступлений. Свойства категорий преступлений (их объем) имеют разную интенсивность или степень проявления (легче - тяжелее, меньше - больше). При помощи операции сравнения устанавливается тождество и различие объектов в виде категорий преступлений в их определенных свойствах.

То обстоятельство, что количественная определенность категории преступления может выражаться с помощью математического понятия «степень» общественной вредности преступления, приводит к определению категорий «количество» и «качество» в классификации преступлений.

Неоднородность, неодинаковость свойств находит свое выражение в формально-логической классификации признаков (и в том числе в классификации преступлений), в которой наиболее важное значение имеет их деление на существенные и несущественные. Признак в виде санкции статьи, который необходимо принадлежит предмету при всех условиях, и без которого данный предмет в виде категорий преступлений существовать не может, выражает коренную природу и тем самым отличает его от предметов других видов и родов. Такой признак следует признавать существенным. Соответственно, признак является несущественным, поскольку он может принадлежать, а при некоторых условиях может и не принадлежать предмету.

Так, например, для преступлений небольшой тяжести, за совершение которых максимальное наказание не превышает двух лет лишения свободы, не имеет значения, умышленное это преступление или неосторожное. Таким образом, это наталкивает на мысль, что законодатель искусственно выделил в качестве явления и одновременно критерия классификации преступлений - форму вины.

Наличие в уголовном законодательстве в классификации преступлений двух критериев: санкции статьи и формы вины порождает практическую проблему. Совершение преступлений с одинаковой санкцией (свыше пяти лет лишения свободы), но имеющих разную форму вины влечет неодинаковые юридические последствия: они относятся к разным категориям преступлений. Указанная несправедливость обусловлена существенным недостатком методологического характера. При установлении критериев категорий преступлений нарушено одно из логических правил классификации, в соответствии с которым одно и то же явление - одна и та же санкция статьи - не может быть принадлежностью различных классов. Несущественность такого критерия классификации преступлений как форма вины и одновременное выделение санкции статьи в качестве единственного критерия, заключает в себе то, что сущность классификации преступлений «проявляется», обнаруживается во вне, через санкцию статьи. Вторичность формы вины, ее несущественность, «обнаруживается» в том, что разделение категорий преступлений лишь по форме вины и без санкции статьи невозможно. Выделяя общественную вредность в качестве сущности классификации преступлений, следует отметить, что она не может быть воспринята и понята

однозначно в качестве явления и «проявлена» во вне, без разработки формального критерия классификации в дополнение к основному, материальному.

На основе данного постулата Л.Н. Кривоченко делает вывод о том, что именно в характере и размере санкции наиболее полно выражается законодателем оценка характера и степени общественной опасности того или иного преступления¹.

Поскольку одним из свойств категорий преступлений является специфичность, особенность выделения конкретной группы преступлений, отличающей ее от других объемом общественной вредности, каждой категории соответствуют специфические критерии - материальный характер и степень вредности и формальный - типовая санкция.

Общественная вредность, как содержательный признак деления преступлений по их тяжести, должна браться за основу и отражать важность объекта посягательства, размер причиненного ущерба, форму вины, характер мотивов и целей и иные обстоятельства.

Движение научного познания от явления к сущности классификации преступлений, рассмотренное в гносеологическом аспекте, совпадает в основных чертах перехода от эмпирических объектов к теоретическим. Это движение предполагает формирование логических конструкций, формализацию и идеализацию. Формализация в уголовном праве позволяет от эмпирически установленных законодателем санкций перейти к их теоретическому обоснованию, с отражением сущности классификации преступлений через явление. Признавая объектом преступления лишь некоторые общественные отношения, уголовное право закрепляет их важность в оценке, содержащейся в санкции уголовно-правовой нормы. Связь санкций с ценностью общественных отношений, размером причиненного ущерба, формой вины и иными обстоятельствами неразрывна. Определяя вид и размер санкции, законодатель выражает тем самым и ценность соответствующего общественного отношения.

Существенный признак явления классификации преступлений в виде санкции статьи в категориях преступлений определяется через необходимость («он необходимо принадлежит предмету»), несущественный в виде формы вины - через случайность (он может принадлежать, а может и не принадле-

¹ Кривоченко Л.Н. Классификация преступлений. - Харьков, 1983. С. 49.

жать предмету). Выделяя существенные признаки, формальная логика опирается на общее. Признаки, общие для определенного множества предметов (логического класса), оказываются с этой точки зрения существенными, в то время как единичные признаки - несущественными. Именно на общие, повторяющиеся признаки и опирается формально-логическая теория понятия, рассматривая общее как существенное»¹.

Качественные изменения, происшедшие в научном познании за последние десятилетия, возрастание требований, предъявляемых к строгости и точности научных теорий, расширение возможностей формальной логики, связанное с появлением новых разделов и направлений привели к тому, что процесс формализации охватил к настоящему времени и такие отрасли научного знания, которые совсем недавно представлялись недоступными для исследования с помощью формальных методов и средств².

Важно отметить возрастающее влияние идей и методов современной формальной логики на постановку и решение методологических проблем науки и, прежде всего, науки уголовного права. Поэтому следует исходить из того факта, что любая научная теория обладает определенной логической структурой, а методы, используемые при ее построении и развертывании, носят структурно-логический характер.

Способностью отражать социальную сущность общественно опасного деяния обладает объект преступления. Общественная вредность в общей классификации преступлений как содержательный признак деления преступлений на категории должна, прежде всего, отражать именно такой ее делитель, как ценность объекта посягательства.

Методологические функции понятия «общественное отношение» в социологии уголовного права состоят в том, чтобы быть средством рассмотрения уголовного права и преступления как общественных отношений, то есть служить способом их превращения в предмет общесоциологического анализа. В отличие от других, частных анализов, социологическое исследование постоянно предполагает, что общественное явление, которое стало предметом изучения, составляет лишь часть целого - общества³. Диалектическая аксиология ориентирует на установление градаций в сфере ценностей: то, что является

¹ Кириллов В.И. Указ. соч. С. 80.

² См.: Кураев В.И. Диалектика содержательного и формального в научном познании. - М., 1977. С. 3.

³ См.: Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. - М., 1986. С. 38.

целью в одном случае, в другом может выступать средством. Однако в гуманистическом мировоззрении самыми высокими ценностями являются человек и его счастье, они не могут рассматриваться как средство, что должно найти отражение и в объектах, терпящих ущерб от преступных посягательств.

Вместе с тем, законодательная оценка под влиянием деформированной практики и истинность в оценке ценности объектов могут не совпадать друг с другом. Так, например, в нынешнем УК РФ только 50% всех посягательств, имеющихся в законе, соответствуют ценности объектов, в которых эти преступления расположены.

Социальная ценность общественных отношений может быть признана таковой лишь применительно к оценивающему субъекту, а не сама по себе. Поэтому социальные отношения, являющиеся объектом уголовно-правовой охраны, - это относительная ценность. Высшей, абсолютной ценностью является его творец - человек. Еще более значимой представляется ценность мира и безопасности человечества. Все остальные ценности относительны, поскольку они определяются потребностями и интересами человека.

Абсолютная ценность личности в нашем обществе отражена и в уголовном законодательстве. Только этим можно объяснить выделение в УК РФ четырех (см. гл. 16-19) самостоятельных групп преступлений, посягающих непосредственно на соответствующие интересы личности.

Как справедливо пишет И.Я. Козаченко, «среди всех социальных ценностей, охраняемых уголовным правом, центральное (особое) место занимает человек во всех его личностных проявлениях в любой из сфер общественной жизни. И в этом плане аксиомой является утверждение, что человек со всеми многообразными гранями своего социального бытия выступает в качестве уникального, бесценного в социальном смысле и невосполнимого в биологическом - в случае лишения его жизни - творения общественной и природной сферы. Особое (центральное) место личности в иерархии социальных ценностей обусловлено, прежде всего, тем, что личность является одним из участников общественных отношений, в том числе и тех, которые регулируются и охраняются уголовным правом. Кроме того, и это, пожалуй, главное, личность выступает единственным «творцом» этих общественных отношений»¹.

¹ Козаченко И.Я. Санкции за преступления против жизни и здоровья. - Томск, 1987. С. 90.

Вместе с тем, Г.В. Осипов и Э.П. Алексеев отмечают: «Не нужно считать, что идеалом социальных законов могут быть формулы типа законов Ньютона или Ома. Переход к алгоритмическим методам отбросил эти идеалы, одновременно и последовательно развивая идею показателя, являющегося как бы стыковкой между выработкой нового категориального аппарата социальных наук, к которому может быть применен математический формализм, и разработкой нового математического инструментария, способного адекватно отражать социальные явления»¹.

Таким образом, через оценку ценности общественных отношений в уголовном праве осуществляется формализация, которая как явление сущности классификации преступлений, позволяет от эмпирически установленных санкций перейти к их теоретическому обоснованию. Определяя вид и размер санкции, законодатель выражает тем самым и ценность соответствующего общественного отношения.

Резюмируя, можно отметить, что формализация позволяет реализовать влияние формальной логики на методологию науки уголовного права, правильно оценить тот или иной объект и соответственно дать законодателю установку на размещение в Особенной части родовых объектов, исходя из законов формальной логики. Поэтому согласно априорному восприятию ценности объектов, объектом формализации первого уровня будут мир и безопасность человечества, и ему соответствуют особо тяжкие преступления. Жизнь человека также следует отнести к объекту формализации первого уровня.

Среди всех факторов, объясняющих и обосновывающих выбор того или иного уголовно-правового решения относительно значимости социальных ценностей, ведущее значение занимает характер взаимосвязи жизни человека со спецификой общественных отношений, в которые он «встроен». Именно это сочетание и дает окончательное представление об общественной значимости (социальной ценности) того или иного объекта преступного посягательства, которому причиняется вред посредством, например, лишения человека жизни. В этом плане законодатель поступил правильно, отнеся, например, посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 277 УК) к преступлениям против основ конституционного строя и безопасности государства. Данное пре-

¹ Осипов Г.В., Андреев Э.П. Методы измерения в социологии. – М., 1977. С. 35.

ступление более общественно вредное, чем обычное убийство, так как виновный подрывает безопасность государства посредством лишения жизни человека. Тогда как убийство, будучи также особо тяжким преступлением, отнесено к преступлениям против личности. В указанном случае вредность данного преступления заключается не столько в самом факте убийства потерпевшего, сколько в том, что лишая жизни государственного или общественного деятеля, виновный преследует цель: ослабить конституционный строй и безопасность государства.

Менее значимому объекту - здоровью личности - присуща формализация более низкого уровня. Кроме того, со здоровьем связаны половая неприкосновенность и свобода. Вышеуказанным объектам должны соответствовать преимущественно тяжкие преступления.

Механизм причинения вреда при посягательствах на жизнь и здоровье личности, ее половую неприкосновенность и свободу, заключается в том, что люди, являясь субъектами общественных отношений, вступают друг с другом в конкретные социальные связи по поводу тех или иных благ, способных удовлетворить их истинные или искаженные потребности. И.Я. Козаченко в связи с этим пишет, «что в случаях совершения преступления против жизни и здоровья происходит разрыв этой связи, так как субъект или несколько субъектов общественного отношения оказываются за пределами нормально функционирующего общественного отношения... Таким образом, общественная опасность преступления против жизни и здоровья прежде всего является выражением органической связи преступного деяния с объектом посягательства, ибо как социальное явление это деяние «принадлежит именно ему, заменив собой «нормальное» звено в системе общественных отношений. Будучи органически связанным с объектом посягательства, деяние, совершаемое сознательно, неизбежно внедряясь в общественное отношение, производит его противостественную перестройку.

Поскольку эта перестройка происходит в содержании общественного отношения, постольку деяние разрушает это общественное отношение изнутри»¹.

К формализации третьего уровня (и, соответственно, преступлениям средней тяжести) относятся объекты, связан-

¹ Козаченко И.Я. Указ. соч. С. 100.

ные со здоровьем: преступления против половой свободы, здоровья населения, экологические.

К не связанным со здоровьем объектам четвертого уровня формализации относятся преступления против чести и достоинства личности, конституционных прав и свобод человека и гражданина, семьи и несовершеннолетних, нравственности.

Поскольку общественная вредность в общей классификации преступлений «вбирает» помимо ценности объекта, учет формы вины, к преступлениям четвертого уровня формализации относятся неосторожные преступления (например, такой объект, как безопасность движения и эксплуатации транспорта).

Результаты подобного исследования общественных отношений служат информационной базой для определения того, все ли посягательства предусмотрены существующим законом, и насколько они соответствуют ценности объекта посягательства. Безличностный, наиндивидуальный характер общественных отношений свидетельствует об определенной абстракции различных уровней формализации объектов преступления.

По существу в данной процедуре отражается отношение социального качества между членами общества. В противоречии посягательства общественным отношениям (объекту преступления) и заключена социальная природа преступления. Какова ценность объекта, такова и общественная вредность преступления. В связи с этим В.В. Мальцев отмечает, что определенность объекта преступления достигает столь большой степени, что он не способен к количественным измерениям, поэтому его качество выступает в количественных характеристиках: «Нельзя больше или меньше убить, количественные характеристики здесь неприемлемы»¹.

Кроме того, наряду с ценностью объекта на общественную вредность влияют форма вины, тяжесть последствий и способ совершения преступления.

Подводя итог исследованию, необходимо отметить следующее.

1. Вопрос о сущности классификации преступлений как внутренней, скрытой характеристике, не доступной чувственному восприятию, может и должен связываться с объективностью характера причиняемого общественным отношениям

¹ Мальцев В.В. Пределы учета преступного последствия при конструировании санкций уголовно-правовых норм и назначении наказания: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. - Свердловск, 1981. С. 14-15.

вреда, конкретным выражением которого является характер и степень общественной вредности преступления.

2. Поскольку одним из свойств категорий преступлений является специфичность, особенность выделения конкретной группы преступлений, отличающей ее от других объемом общественной вредности, каждой категории соответствуют специфические критерии - материальный характер и степень вредности и формальный - типовая санкция. Общественная вредность как содержательный признак деления преступлений по их тяжести должна браться за основу и отражать важность объекта посягательства, размер причиненного ущерба, форму вины, характер мотивов и целей и иные обстоятельства. Таким образом, сущность классификации преступлений не абсолютна. Ее реальность такова, что она имеет сложную многоступенчатую структуру, различные уровни своей организации. Логика познания классификации преступлений показала, что она содержит в себе сущности разных порядков, менее глубокую и более глубокую сущность, которые по разному проявляют себя на «поверхности».

3. Явление, отражая внешнюю, видимую сторону объекта применительно к классификации преступлений, может быть выражено только в санкции статьи. Вторичность формы вины, ее не существенность «обнаруживается» в том, что разделение категорий преступлений лишь по форме вины и без санкции статьи невозможно. Существенный признак явления классификации преступлений в виде санкции статьи в категориях преступлений определяется через необходимость («он необходимо принадлежит предмету»), несущественный в виде формы вины - через случайность (он может принадлежать, а может и не принадлежать предмету).

4. Более правильным было бы построить родовые объекты в УК РФ таким образом, чтобы последовательность их размещения подчинялась формализации определенного уровня. Указанная формализация, обеспечивая влияние формальной логики на методологию уголовного права, предполагает правильную оценку того или иного объекта в зависимости от его ценности. Это, в конечном счете, позволит в уголовном законе реализовать классификацию преступлений в зависимости от характера и степени общественной вредности как естественной классификации, в основе которой лежит материальный признак преступления.

ОБЪЕКТИВНОЕ И СУБЪЕКТИВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ И СУЩНОСТЬ ДЕЯНИЯ, ПРИЗНАВАЕМОГО ПРЕСТУПЛЕНИЕМ

*Плотников А.И. -
к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой уголовного права
и криминологии*

Преступление есть, прежде всего, деяние¹. Под деянием в уголовном праве понимают поступок человека в виде действия или бездействия. Последние являются формами поведения и деятельности человека вообще. В силу этого содержание и механизмы уголовно-правового действия и бездействия те же, что и в любом человеческом поведении. Следовательно, с содержательной стороны преступление должно обладать всеми признаками любого человеческого поступка.

Однако следует отметить, что преступление как поступок, не в полной мере совпадает с поведением и поступком человека вообще. К деятельности, причем весьма ценимой, относится и мышление как таковое, безотносительно к тому, нашло ли оно свою реализацию и воплощение в действительности. Но мыслительная деятельность, замкнутая в себе, не признается не только преступлением, но и каким-либо правонарушением, находится за пределами сферы правового регулирования. Уголовное право интересуется только такой деятельностью, только такой поступок, который приобретает внешнее выражение, когда человек не просто мыслит, но и реализует свои мысли, вступая в определенные отношения с людьми или обществом.

Как отмечает В.В. Курченков, действие только тогда может состояться как действие, когда оно определяет структуру мира. Пока действие в себе порядок мира остается неопределенным»². Наука российского уголовного права всегда стояла на позиции признания уголовно-правовым деянием лишь поведения, нашедшего внешнее выражение.

Так, П.А. Фейербах еще в начале 19 века отмечал, что каждое преступление должно иметь внешний признак, «ибо только внешнее деяние может нарушить право»³.

¹ Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. - М., 1969. С. 41; Ковалев М.И. Понятие преступления в советском уголовном праве. - Свердловск, 1987. С. 22.

² Курченков В.В. Бытие как действие и результат. Избранные философско-экономические эссе. - Волгоград, 2002. С. 8.

³ Фейербах П.А. Уголовное право. - СПб., 1810. С. 31.

В конце того же столетия П.Д. Калмыков писал в учебнике уголовного права, что, как ни важна решимость преступника совершить преступление «в ней, однако же, не заключается уголовной вины, ибо последняя не может существовать без внешнего деяния»¹.

И.А. Ильин отмечал, что «поведение человека имеет всегда двойной состав душевно-телесный»².

Вместе с тем, следует отметить, что русское уголовное законодательство в определенные периоды допускало ответственность за обнаружение умысла, «когда намерение обнаружено действием» (ст. 9 Свода Законов)³.

В настоящее время такие подходы к определению преступления преодолены в правосознании и возврат к ним вряд ли возможен.

Из этого следует, что преступление всегда имеет внутреннюю и внешнюю стороны.

Внутренняя сторона преступного акта включает психическую деятельность лица, совершающего преступление, во всех ее формах (ощущения, представления, мотивы, цели, эмоции, в том числе неосознаваемая психическая деятельность: интуиция, инстинкты и т.п.).

Внешняя сторона представляет взаимодействие преступника с окружающим миром, его связи, отношения, физическое и информационное воздействие, все то, что вносит изменения во внешнюю среду. Относительная самостоятельность этих элементов и служит основой для выделения при изучении преступления и его состава объективной и субъективной сторон.

Расчлняя преступление на объективную и субъективные стороны, мы должны ясно представлять себе, что такое разделение является познавательным приемом. Оно связано с тем, что невозможно сразу в сознании четко зафиксировать преступление во всей полноте содержащих его элементов, поэтому это делается поэтапно путем перехода от одного из них к другому. Но в самой ткани преступления как акта поведения все элементы, как внутренние, так и внешние, суще-

¹ Калмыков П.Д. Учебник уголовного права. Часть общая. - СПб., 1866. С. 126.

² Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве. Собр. соч. в 10 т. Т. 4. - М., 1994. С. 66. Цитир. по: Попова Е.В. И.А. Ильин о специфике религиозных норм. - Философия ценностей. - Тезисы конференции. - Курган, 26-27 марта 1998 г. - Курган, 1998. С. 14.

³ Есипов В.В. Очерк русского уголовного права. Часть общая. - СПб., 1898. С. 235-240.

ствуют слитно, в нераздельности. Не может быть преступления, совершенного только путем внешнего воздействия, не связанного с психической деятельностью. Как не может быть преступления в виде ощущения или представления.

Из признания этого следуют два вывода.

Первый состоит в том, что деяние как акт, как поступок, как явление не может быть представлен только с объективной или только с субъективной стороны, в преступлении они нераздельны.

Второе. Если в познавательных целях мы производим разделение преступления на внутреннюю и внешнюю, объективную и субъективную стороны, то нужно строго определить их границы, линию раздела и в дальнейшем в своих суждениях последовательно этого придерживаться¹.

Нельзя сказать, что в современной уголовно-правовой литературе это требование во всех случаях соблюдается.

Так, деяние обычно рассматривается как часть объективной стороны преступления. При этом к нему, а следовательно, и к объективной стороне, относят сознание и волю². Но если сознание и воля - элементы объективной стороны, то что же остается в субъективной стороне? Умысел и неосторожность? Но ведь умысел и неосторожность есть ничто иное, как конкретные комбинации сознания и воли, формы их проявления, так, по крайней мере, они представлены в той же самой литературе. При таком подходе объективная и субъективная стороны сливаются, а их выделение становится произвольным и непонятным. Из приема познания он реально превращается в способ, осложняющий его, ибо тому, кто пытается в этом разобраться, становится совершенно неясно, где же у преступления внутренняя, а где внешняя сторона.

Критикуемые суждения становятся возможными потому, что их авторы не определили водораздел объективного и субъективного и, по-видимому, незаметно для самих себя изменяют их соотношение, стирая ими же предложенное разделение³.

Граница объективного и субъективного определяется целями, задачами и уровнем проводимого исследования. Понятия, выражающие эти явления, заимствованы из философии,

¹ Кузьмин В.Ф. Проблема объективного и субъективного в марксистско-ленинской гносеологии. - Автореф. дис. доктора философ. наук. - М., 1970. С. 35.

² См., например: Уголовное право. Общая часть. - М., 1992. С. 119.

³ Справедливая критика по этому поводу содержится в работе А.П. Козлова. (Козлов А.П. Понятие преступления. - СПб., 2004. С. 207-208.

где ими главным образом и оперируют. Но философия - наука предельно абстрактная, ее уровень исследований и обобщений не во всем пригоден для более конкретных наук. В философском смысле субъективное образуют сознание и психическая деятельность вообще. В этом значении понятие субъективного концентрированно выражает элементы психики и мышления всех людей в нераздельности. При рассуждении об общих признаках преступления, когда оно исследуется как социально-юридический феномен, как элемент правоотношения, такой подход допустим. Но в тех случаях (а они составляют большую часть исследований), когда речь идет о субъективном как средстве распознавания преступления¹, он просто неприемлем, поскольку здесь мы имеем дело с индивидуальным актом поведения и должны иметь в виду не сознание и психику вообще, а только ту их часть, которая относится к конкретному лицу, то есть сознание и психику лица, совершающего преступление. Из этого принципиального положения следует, что при рассмотрении конкретного преступления его субъективной стороной должна быть признана психическая деятельность и сознание исключительно преступника, а психика и сознание иных лиц, оказываются в сфере объективного, так как они занимают внешнее положение по отношению к психической деятельности лица, совершающего преступления, не являются частью его сознания и не зависят от него².

Если при рассмотрении конкретного преступления к субъективной стороне относить сознание и психическую деятельность вообще, то возникнут неразрешимые вопросы. Так, если подчиненный выполняет незаконный приказ начальника, приведший к тяжким последствиям, не сознавая его противоправности, уголовную ответственность в этом случае должен нести начальник, а действия исполнителя не преступны. Что является субъективной, а что объективной стороной такого преступного акта? Действия исполнителя нельзя исключить из преступления, поскольку оно утратит криминальный характер. Они вплетены в единую ткань преступления. Но как акт действия исполнителя, так и начальника, состоят из сознания и внешнего взаимодействия. При трактовке субъектив-

¹ "Квалификация преступления, - справедливо заметил В.Е. Жеребкин, - направлена на познание отдельного, единичного". См. Жеребкин В.Е. Указ. соч. С. 15.

² Кузьмин Ф. Проблема объективного и субъективного в марксистско-ленинской гносеологии. - Автореф. дис. доктора философ. наук. - М., 1970. С. 25.

ного как сознания вообще мы должны признать субъективной стороной преступления психическую деятельность, как начальника, так и подчиненного исполнителя. Но так как последний преступления не совершал, то его психическая деятельность не может быть частью субъективной стороны преступления.

Становится очевидным, что рассмотрение субъективного в широком, философском смысле при установлении, было ли совершено конкретное преступление, непригодно и не отвечает ни теоретическим, ни практическим задачам уголовного права.

Итак, деяние не может быть только объективным или субъективным. *Оно и объективно, и субъективно одновременно, в цельности.*

Исходя из сказанного, нельзя признать точным распространенное в науке представление, нашедшее отражение и в законодательстве, согласно которому в уголовном праве действует только якобы принцип субъективного вменения, что просто не соответствует действительному положению вещей.

В Уголовном кодексе РФ критикуемый подход нашел отражение в ст. 5 ч. 2, где сказано, что объективное вменение не допускается. А.И. Бойко по этому поводу справедливо заметил: «Плохо, что статья не завершается еще одной частью, балансирующей крайности: «Субъективное вменение, то есть ответственность за мысли и намерения не допускается». И далее: «В уголовном праве должно быть обеспечено единство объективного и субъективного вменения, оценка данных о поступке при учете психических переживаний его автора. При этом первоначально учитываются, доказываются и оцениваются объективные данные (что сделано) и лишь за тем, во вторую очередь, но в обязательном порядке, идея субъективного вменения (кто и почему сделал)»¹.

Поэтому неточным следует признать утверждение Л.И. Шаталовой о том, что объективное вменение чуждо отечественному уголовному праву². Отечественному уголовному праву чуждо только объективное вменение как исключительный принцип, но ему чуждо и только субъективное вменение как единственный принцип. Вменение в уголовном праве основано на объединении двух указанных начал. Более того,

¹ Бойко А.И. Римское и современное уголовное право. - СПб., 2003. С. 129.

² Шаталова Л.И. Правовые, психологические и этические аспекты субъективного вменения в уголовном праве Российской Федерации. Автореф. дис. канд. юрид. н. - Самара, 2002. С. 3.

есть основание говорить, что в некоторых нормах законодатель отдает предпочтение объективному компоненту вменения.

Нельзя согласиться и с содержательной характеристикой объективного и субъективного вменения, которое дает Л.И. Шаталова. Субъективное вменение она связывает с деянием, нашедшем «отражение в ... психике». Хотя по прямому указанию закона при небрежности деяние в психике не отражается. При объективном вменении, по ее мнению, «вменяется не только и не столько *то, что охватывалось ... сознанием, сколько то, что должно или могло ... охватываться сознанием этого лица*»¹. (Курс. мой - А.П.). Однако «должен» и «мог» и есть в соответствии с законом критерии небрежности, которая, как общепризнано, и далее будет показано, отнюдь не противоречит субъективному вменению, по крайней мере, вменению виновному, которое Л.И. Шаталова не оспаривает.

По тем же основаниям нельзя согласиться и с аналогичным мнением В.В. Якушина². Но в познавательных целях разделение преступления на объективную и субъективную составляющую не только допустимо, но и необходимо, при условии, что четко определена грань отделения одного от другого и она последовательно соблюдается в дальнейших суждениях.

Где проходит водораздел объективного и субъективного, зависит от той задачи в исследовании, которую мы ставим. Как было уже сказано, при оценке индивидуального акта преступного поведения линия раздела должна проходить по границе психического и психофизического аппарата данного человека. И в этом случае к субъективной стороне преступления целесообразно относить сознание и психическую деятельность лишь лица, совершающего преступление. Все остальное, в том числе сознание и психика других лиц, является сферой объективного, независимого от первого. Однако основные элементы объективной стороны преступления, естественно, образуют физические проявления поступка в виде движения человеческого тела: физическое воздействие на человека при убийстве, на вещи - при хищениях, подделке документов, приобретении оружия, наркотиков и т.п. Физические проявления деяния складываются из:

1) телодвижения (действие) или несовершения его (бездействие);

¹ Шаталова Л.И. Указ. соч. С. 6-7.

² Якушин В.А. Субъективное вменение и его пределы. / В кн.: Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. - М., 1994. С. 62.

- 2) последствия (как результата телодвижения);
 - 3) наличия причинной связи между действием и бездействием;
 - 4) определенного способа совершения действия и бездействия;
 - 5) внешних условий совершения деяния (время, место, обстановка и т.п.).
- Разделение внешней стороны деяния на элементы является формально-логическим и до известной степени условным. Оно подчинено частной задаче. Во-первых, более четкому уяснению (поэтапно) всего деяния в целом. Во-вторых, идентификации отдельных поступков человека путем сличения их с законодательными моделями по выделенным элементам, то есть квалификации.

В тех же случаях, когда мы познаем деяние как социальное явление, в главном, в сущности, противопоставление его отдельных элементов не может быть оправдано. Поэтому не могу согласиться с В.Д. Филимоновым, который пишет следующее: «...Сущность преступления нельзя усматривать в ущербе, причиненном преступлением. Преступление - это деяние, а деяние - не что иное, как процесс изменения внешней среды. Значит, преступное поведение по этой причине находит свое объективное выражение уже тогда, когда его последствия еще не наступили. К тому же последствия, причиняемые преступлением, ...не всегда являются элементом состава преступления. Поиск сущности преступления в его общественно опасных последствиях привел бы нас к признанию сущности преступления в обстоятельствах, находящихся в целом ряде случаев за пределами состава преступления»¹.

Как уже отмечалось нами, разделение деяния и последствия относительно не только в юридическом плане, но и в социальном, поскольку и сам акт телодвижения и все, что следует за ним, есть вносимые лицом изменения во внешнюю среду. Опасность преступления заключается именно в этом. И дело, следовательно, не в том, свяжем ли мы эти изменения с тем, что мы называем в обыденном значении действием или последствием. И то, и другое воплощает эти отрицательные изменения. Не случайно в философии, оперирующей обобщенными понятиями, всякое изменение называют действием, хотя, казалось бы, термин «последствие» более выразителен. Но он более выразителен для юриста, привык-

¹ Филимонов В.Д. Норма уголовного права. - СПб., 2004. С. 116.

шего к тщательному разграничению элементов. Социологу же и философу такое разделение покажется излишним, поскольку они смотрят на явления с точки зрения их социальной сущности, а неформально юридических формул.

В этой связи представляется правильным замечание И.Я. Козаченко, В.Н. Курченко и Я.М. Злоченко, которые, характеризуя преступления с формальным составом, пишут: «...В определенном смысле здесь в неявном виде само преступное поведение, будучи осуществленным, может рассматриваться как свершившийся уголовно-значимый результат»¹.

Общеизвестно, что беспоследственных преступлений не бывает. В составы последствия не включаются из узко практических соображений (трудности или невозможность их установления, усиления предупредительного начала нормы и т.п.). Отрицательное изменение наиболее выразительно проявляется именно в последствиях. В действии (в силу начального момента) эти изменения не всегда очевидны, а иногда и не заметны вообще. Возьмем, к примеру, такое преступление с формальным составом, как клевета. Подлинная опасность преступления состоит ведь не в том, что кто-то считает возможным лгать и унижать других людей, а в том, что такие действия реально умаляют достоинство человека в глазах других людей. Другое дело, что поскольку воздействие оказывается на сознание, мы лишены возможности измерить его количественную сторону и найти бесспорные доказательства этому.

Поэтому поиск сущности преступления надо вести именно в характере отрицательных изменений, вносимых лицом, находящим основное и главное воплощение именно в последствиях преступления.

Вместе с тем, внешняя сторона деяния не может быть сведена исключительно к физическим проявлениям. В ряде преступлений физические явления не определяют сути и характера самого воздействия, а являются лишь проявлением воздействия иного, более сложного порядка. Такими представляются все случаи словесных деяний. Так, клевета и оскорбление имеют определенную физическую сторону, но их сущность в воздействии на сознание, в передаче информации. Физические процессы являются здесь лишь символом последней. Информационная форма внешних процессов не-

¹ Козаченко И.Я., Курченко В.Н., Злоченко Я.М. Проблемы причины и причинной связи в институтах общей и особенной частей отечественного уголовного права. - СПб., 2003. С. 60.

разрывно связана с сознанием других лиц, которое становится частью внешней стороны преступления, то есть его объективной стороной, поскольку информация становится таковой при восприятии ее другими лицами.

Таким образом, внешней, объективной стороной преступного действия являются вызванные лицом отрицательные изменения в окружающей социальной среде в виде физических и информационных явлений (последние вне сознания других лиц не существуют), находящиеся за пределами его сознания и психической деятельности.

Разумеется, объективную сторону преступления могут составить только такие физические, информационные (а в некоторых случаях и психические процессы), которые явились следствием деяния или находятся с ним в иной, оговоренной законом форме взаимодействия.

Применительно к бездействию следует говорить о невмешательстве лица в возникающие негативные изменения при наличии возможности и обязанности их предотвращения.

Все это не исключает, естественно, как уже говорилось, другого, более широкого, в том числе философского взгляда на преступление. Но такой угол зрения предполагает рассмотрение преступления как единого целого, определения его сущности, когда не ставится задача выявления преступления и индивидуализации его как единичного акта. В этом смысле мы вправе говорить о преступлении как объективном явлении. Но тогда речь идет не об объективной стороне преступления, а об объективной стороне нашего собственного исследования, определяемой по отношению к сознанию исследователя, а не лица, совершившего преступления.

Поэтому достаточно распространенное в уголовно-правовой литературе мнение о том, что общественная опасность есть объективный признак преступления¹, требует уточнения в указанном плане: общественная опасность объективна по отношению к сознанию исследователя, но она включает содержательно и элементы психической деятельности виновного, поэтому при рассмотрении структуры и строения преступления (состава) общественная опасность не может быть только объективной, поскольку она воплощается во всех признаках

¹ Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. - М., 1961. С. 155. См. также: Тимейко Г.В. Указ. соч. С. 158; Новичков В.Е. Ответственность, состав и разграничение преступлений в теории квалификации и уголовно-правовой футурологии. Учебное пособие. - М., 1998. С. 12.

преступления, в том числе и тех, которые характеризуют психику.

Без указанного уточнения мнение об объективности общественной опасности равносильно утверждению, что общественная опасность преступления сосредоточена лишь в его внешних признаках, с чем, понятно, нельзя согласиться. Ибо в этом случае пришлось бы сделать вывод, что, например, умышленное, неосторожное и в состоянии сильного душевного волнения убийства одинаковы по степени опасности, поскольку все они заключаются в лишении жизни другого лица, а различаются лишь субъективной стороной.

В данной статье мы ведем речь о преступлении именно как целостном социально-правовом явлении посредством раскрытия его законодательного понятия и на его базе. Это значит, перед нами не стоит здесь задача раскрыть структуру преступления, его основные элементы в том смысле, в котором они необходимы для его практической идентификации. Наоборот, преступление нас в данном случае интересует в фокусе его составляющих элементов, а также его соотношение как социально-юридической целостности с другими элементами правоотношения. Как уже говорилось, при таком подходе все преступление предстает перед нами как непосредственная объективная данность. Противоречивая и неясная позиция по данному вопросу выражена В.Д. Филимоновым. Он пишет: «Общественная опасность преступления определяется совокупностью его объективных и субъективных признаков. Но общественная опасность действия или бездействия вытекает только из его объективных признаков»¹.

Такое противопоставление действия и бездействия преступлению в целом нельзя признать обоснованным, поскольку и действие, и бездействие составляют основу любого преступления. Независимо от того, рассматриваются ли они нами в совокупности с другими элементами преступления или без них, действие и бездействие содержат все те же криминально значимые объективные и субъективные элементы. В.Д. Филимонов никак не поясняет отмеченное противоречие. Можно предположить, что оно является следствием общепринятой и критикуемой нами позиции, в соответствии с которой деяние (действие и бездействие) относят к объективной стороне преступления. Тем более, что далее В.Д. Филимонов

¹ Филимонов В.Д. Норма уголовного права. - СПб., 2004. С. 105.

отмечает, что «нередки случаи, когда в формировании объективной общественной опасности деяния участвуют одновременно как материальное, так и идеологическое содержание»¹.

Для науки весьма важно выделить не только содержание того или иного социально-правового явления, но и определить основное, главное в нем, то есть его сущность. Как справедливо отмечает профессор А.И. Марцев: «Цель исследования любого явления состоит в том, чтобы добраться до сущности последнего раскрыть ее»².

Оценка правовой значимости любого социального явления предполагает выяснение его сущности, то есть глубинных, устойчивых свойств, выражающих качественную определенность и своеобразие данного явления. Преступление, как и иные правонарушения, должно иметь специфические сущностные черты. Естественно, правовая наука не оставляла без внимания вопрос о сущности преступления и иных правонарушений. Он исследовался в ряде монографий и статей, однако единства в раскрытии сущности указанных социально-правовых явлений пока не достигнуто, что не способствует совершенствованию законодательства и практике его применения, ибо не представляя четко сущности преступления и иного правонарушения, мы едва ли будем способны найти как законодательные, так и практические средства противодействия им.

Не следует думать, что это проблема только российской правовой науки и практики. Она длительное время не находит удовлетворительного решения в науке, законодательстве и судебной практике Германии и других стран.

В условиях модернизации российской правовой системы рассматриваемая проблема приобретает дополнительную остроту, связанную с выбором путей совершенствования закона.

В науке выработаны следующие основные подходы к определению сущности преступления и правонарушения. Некоторые специалисты усматривают сущность правонарушений в самом акте посягательства, другие - в нарушении общественных отношений, третьи - в его общественной опасности, четвертые - в нарушении субъективных прав, пятые - в ценности охраняемых объектов, шестые - в посягательстве на сферу прав человека, седьмые - в аморальности, восьмые - в специфике юридических последствий.

¹ Филимонов В.Д. Норма уголовного права. - СПб., 2004. С. 106.

² Марцев А.И. Общие вопросы учения о преступлении. - Омск, 2000. С. 54.

Большинство криминалистов усматривают сущность преступления в нарушении общественных отношений¹. По мнению В.Д. Филимонова, «сущность преступления состоит в высокой степени противопоставления личных интересов интересам других лиц, общества или государства»².

А.И. Марцев полагает, что «сущность преступления состоит в общественной опасности деяния»³.

По существу на той же позиции находится А.П. Козлов, считающий, что «теория уголовного права совершенно верно пришла к пониманию преступления как общественно опасного деяния...»⁴.

Не вызывает сомнений, что нарушение общественных отношений, выражающееся во вредности преступлений, в значительной мере определяет его характер. Однако здесь требуются уточнения. Очевидно, во-первых, что нельзя сводить вредоносность преступления только к отрицательным изменениям предметной основы общественного отношения (материальному ущербу, физическому вреду и т.п.). Общественное отношение нарушается и путем разрыва внутренних связей его отдельных элементов, когда создаются препятствия для их нормального взаимодействия (например, при неоконченном преступлении предметные элементы отношения не страдают, но деформируется характер их взаимодействия, необходимый для общества).

Во-вторых, сущность преступления не может быть сосредоточена только в отдельных его элементах. По справедливому замечанию А.И. Марцева, «...в сущности преступления представлена его основная черта, которая, будучи взята отдельно, дает нам целостную картину явления»⁵. Она должна пронизывать каждое из них, поэтому отнесение к сущности преступления лишь его вредоносности не может быть полным и точным.

В третьих, следует учитывать, что воздействие преступления на общественные отношения производится не только посредством их нарушения, но и, так сказать, путем резо-

¹ См. Карпушин М.П., Курляндский В.Н. Уголовная ответственность и состав преступления. - М., 1974. С. 88; Сухарев Е.А., Гарбуза А.Д. Сущность преступления. // Проблемы совершенствования законодательства по укреплению правопорядка и усилению борьбы с правонарушениями. - Свердловск, 1982. С. 47; Прохоров В.С. Преступление и ответственность. - Л., 1984. С. 48. Цитир. по: Марцев А.И. Общие вопросы учения о преступлении. - Омск, 2000. С. 54.

² Филимонов В.Д. Указ. соч. С. 117; Он же - Принципы уголовного права. - М., 2002. С. 101.

³ Марцев А.И. Общие вопросы учения о преступлении. - Омск, 2000. С. 61.

⁴ Козлов А.П. Понятие преступления. - СПб., 2004. С. 703.

⁵ Марцев А.И. Общие вопросы учения о преступлении. - Омск, 2000. С. 59.

нансного воздействия, той инерционной волны, которую испытывают другие, взаимосвязанные отношения, посредством воздействия на сознание их участников (субъектов). Этот момент представляется чрезвычайно важным, поскольку природа уголовного права и, соответственно, возможность признания тех или иных поступков преступлением, нацелена не на устранение реально совершенного вреда (это задача гражданского и других отраслей права), а на недопущение его впредь.

Как обоснованно отмечает А.И. Марцев, «в результате совершения преступлений и наступления последствий первого порядка в обществе происходят существенные изменения внутреннего характера, направленные на предотвращение возможной опасности от новых преступлений. Человек, общество и государство вынуждены принимать как правовые, так и организационные меры, чтобы защитить себя от грядущих преступных посягательств... преступное поведение или деятельность, обладая свойствами прецедента, создает угрозу повторения подобных преступлений в будущем»¹. Вряд ли можно согласиться с точкой зрения В.Д. Филимонова. Она представляется чрезмерно широкой, поскольку высокая степень противопоставления личных интересов общественным характерна не только для преступлений и даже не только для правонарушений. Вполне можно представить не только не преступный, но и законопослушный вариант ее реализации, например, отказ, принять участие в голосовании, празднествах, различные виды добровольной изоляции от общества, как тажежный тупик Агафы и т.п.

Исходя из изложенного, представляется *наиболее точной характеристикой сущности преступления категорией общественной опасности*. Именно в последней находят выражение все элементы преступления и их значимые взаимосвязи. Общественная опасность отвечает и всем формальным логическим требованиям - она невидима, устойчива, пронизывает всю зону преступления. Нельзя согласиться с В.Д. Филимоновым, относящим общественную опасность не к сущности, а к качеству преступления, хотя бы потому, что оно включает и отображает и поверхностные его элементы, внешнюю форму их проявления, тогда как сущность (в основе, по крайней мере, есть глубинное основание).

Определяя сущность преступления, мы должны основываться на положениях философской науки о сущности вещей

¹ Марцев А.И. Общие вопросы учения о преступлении. - Омск, 2000. С. 9-10.

и ее соотношении с явлением. Представляя собой глубинное основание чего-либо, сущность невидима, она не лежит на поверхности, не может быть усмотрена непосредственно при помощи чувств. Сущность представляет собой свойство, характеризующее обобщенно соотношение элементов в структуре чего-либо, а не сами элементы как таковые.

В связи с этим нельзя согласиться с теми, кто относит к сущности отдельные элементы преступления или их совокупность, как-то: объект, субъективные права или посягательство в целом, или только последствия преступления. Хотя сущность и проявляется через элементарную основу, она не может быть сведена к ней, поскольку это означало бы смешение ее с явлением.

Ближе к сущности аморальность преступления, однако, она не является его специфическим свойством, его глубинной определенностью, так как не все преступно, что аморально.

Наиболее точную характеристику сущности преступления, дает, на наш взгляд, понятие общественной опасности. Как социальное свойство общественная опасность не может быть сведена ни к отдельным элементам преступления, ни к нему в целом. Общественная опасность не есть термин, обобщенно выражающий элементарную структуру преступления. Она именно социальное свойство, отражение социального смысла и социального значения преступления, внутреннее свойство преступления, выражающее его негативную связь с другими социальными явлениями и процессами.

При уяснении соотношения сущности преступления и правонарушения мы должны исходить из учета того, что сущность «многоэтажна»¹, что существуют сущности первого порядка, второго и т.п., что категория сущности выражает процесс постепенного углубления познания социальных и правовых ситуаций.

Преступление как одна из форм правонарушения, безусловно, выражает в определенной мере своеобразную сущность последнего, одновременно обладая своей специфической сущностью. Преступление и правонарушение не могут обладать одной и той же сущностью, ибо они утратили бы тогда свое принципиальное различие. Поэтому утверждения некоторых правоведов, что различие между правонарушением и преступлением состоит лишь в степени общественной опасности, в

¹ Марцев А.И. Общие вопросы учения о преступлении. С. 57.

количественной стороне, нивелирует их сущности и стирает грани между ними.

Понятие общественной опасности выражает лишь существо преступления, а не любого правонарушения. Это обстоятельство все более осознается и признается и самим законодателем. В определении административного правонарушения (ст. 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях) нет указания на его общественную опасность, ничего не говорится об общественной опасности гражданского правонарушения в Гражданском кодексе РФ и в других нормативных актах, характеризующих иные правонарушения. Не могут выражать общественную опасность иные правонарушения и как социально-правовые акты: безбилетный проезд в транспорте, переход улицы в неустановленном месте, несвоевременно оплаченные коммунальные услуги и т.п. не колеблют общественного порядка, не создают в обществе нервозности и неуверенности, что характерно для преступления. Общественная реакция на подобные нарушения достаточно спокойна. Совсем иная реакция на преступления.

В то же время в определении преступления, данном в ст. 14 УК РФ, указывается такое его свойство как общественная опасность. Вряд ли приходится сомневаться в том, что в сознании большинства юристов общественная опасность прочно связана с представлением о преступлении. Следовательно, сущность иных правонарушений (в отличие от преступления) не может быть выражена понятием общественной опасности.

В то же время, безусловно, иные правонарушения обладают своим общим глубинным и устойчивым свойством, находящим выражение с формально-юридической стороны в их противоправности. Не обладая общественной опасностью иные правонарушения, тем не менее, причиняют определенный вред, ущерб. Они негативны по своему воздействию для социальных связей. Их общее глубинное, сущностное свойство может быть выражено как вредоносность, вредность для социальных отношений. В преступлении как в одной из форм правонарушения вредоносность проявляется в различных видах причиняемого им ущерба (материального, морального, организационного и т.п.). Выступая в правонарушении как сущность, вредоносность в преступлении приобретает особое качество, перерастая в совокупности с его другими специфическими чертами в общественную опасность.

Возникает вопрос: в каком же соотношении находятся сущность правонарушения (вредоносность) и преступления (общественная опасность), имея в виду, что преступление является одной из форм правонарушения. Отвечая на него, мы должны учитывать, что в одном и том же предмете (в широком смысле этого слова) может быть усмотрено несколько сущностей. Можно говорить о сущности предмета (явления) в целом, и в то же время вполне возможно обнаружение сущности в отдельных сторонах этого предмета или в отдельных формах его проявления. При этом сущность предмета (явления) в целом выступает как сущность первого порядка, сущности отдельных его сторон или форм проявления выступают как сущности второго порядка, углубляющие знание о нем¹.

Так, например, можно говорить о сущности преступления в целом, и в то же время его элементы (объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона) имеют свои специфические сущности. Таковой обладают и отдельные формы преступления - соучастие, неоконченное преступление и т.п. Возвращаясь к вопросу о соотношении сущности правонарушения и преступления, следует сказать, что сущность правонарушения (вредоносность) выступает как сущность первого порядка, а сущность преступления как одной из его форм (общественная опасность) - сущность второго порядка, углубляющая знание о сущности первого порядка. С понятийной стороны сущности представляют собой абстракции. Сущности первого порядка как понятия есть абстракции наиболее общие, а сущности второго порядка - абстракции более конкретные. Таким образом, посредством установления разнопорядковых сущностей мы совершаем восхождение от наиболее абстрактного знания к знанию конкретному, постепенно получая все более богатое и полное представление о рассматриваемом предмете.

Сущности не лежат на поверхности и не могут быть усмотрены наглядно и непосредственно. Их обнаружение наиболее реально в научном анализе или специальном исследовании. В связи с этим возникает вопрос: *в какой мере сущность может быть использована как уголовно-правовое понятие и возможно ли ее установление при юридической оценке деяния.* Напомним, что в одном и том же предмете может быть выявлено несколько сущностей. Кроме того, сами предметы мо-

¹ Марцев А.И. Общие вопросы учения о преступлении. С. 57-58.

гут иметь различное и физическое и социальное значение. То же самое мы можем сказать и о поступках людей. Социальный акт может быть простым с точки зрения его социальной значимости, и усмотрение его социальной сущности может быть достаточно простым. В то же время, очевидно, что многие поступки людей не могут быть столь социально элементарными и их социальная сущность не может быть выявлена, так сказать, «бытовыми» средствами. Общественная опасность, например, кражи или убийства достаточна ясна не только законодателю и правоприменителю, но, несомненно, и тем, кто совершает эти преступления. Однако социальная опасность многих преступлений (контрабанда и многие другие экономические преступления, например), думается, не может быть выявлена без специальных знаний, а в ряде случаев и без специальных методов. Поэтому содержащиеся в законе требования о необходимости сознания общественной опасности деяния при умышленной вине чрезмерны. Они не могут быть реализованы практически.

Установление умышленной вины в подобных случаях сводится реально лишь к констатации у виновного сознания фактической стороны его поведения утилитарно-бытового плана. Поэтому в формуле умысла требование сознания общественной опасности следует заменить пониманием фактического элемента преступления, которое в подавляющем большинстве случаев сопровождается пониманием его социально-бытового смысла.

Сказанное не означает, что тем самым предлагается отказаться от использования понятия общественной опасности вообще. Преступление не может быть иным по своей социальной сути и указание на его общественную опасность следует сохранить в понятии преступления, но адресовано реально оно может быть лишь правоприменителю.

В этой связи вызывает принципиальное несогласие высказанная в последние годы позиция о замене признака общественной опасности в определении преступления признаком противоправности или о приоритете последнего¹. Как полагают его авторы, это позволит создать дополнительные гарантии в обеспечении прав человека. Нам думается, что это призрачные надежды. Во-первых, непонятно, почему содержательная и сущностная характеристика явления (в данном случае преступления) может быть препятствием в реализации прав

¹ Курс уголовного права. Том. 1. - М., 1999. С. 138.

человека. Во-вторых, противоправность является формальным выражением общественной опасности. И тут сторонники этого подхода не учитывают, что далеко не все в социальной сфере поддается формализации. Законы состоят из слов и понятий, а последние по своей природе формальны. Переводя социальные реальности в юридические формулы, мы неизбежно сталкиваемся с проблемой адекватности отражения ими реальности. Если мы сделаем ставку в определении преступления на противоправность, то мы всего лишь легализуем субъективизм юридических оценок.

Рассчитывать при этом на дополнительные гарантии прав человека не приходится. В формулировке определения преступления в действующем уголовном законе (ст. 14 УК РФ) формальное и материальное начало уравновешены (указана и общественная опасность и противоправность). Она ориентирует и правоприменителя и законодателя к формализации признаков преступлений в соответствующих составах без искажения сущности преступления, что является оптимальным для законодательства.

НАЗНАЧЕНИЕ РОССИЙСКОЙ АДВОКАТУРЫ

*Резепкин А.М. -
к.ю.н., старший преподаватель кафедры
уголовно-процессуального права и криминалистики*

Правовая, социально-экономическая и нравственная основы адвокатуры Российского государства в различные исторические периоды становления и развития понимались далеко неоднозначно.

Так, утратившее свою законную силу Положение об адвокатуре 1980 г. в ст. 1 гласило о том, что основной задачей адвокатуры является оказание юридической помощи гражданам и организациям, посредством содействия охране прав и законных интересов граждан и организаций, осуществлению правосудия, соблюдению и укреплению законности, воспитанию граждан в духе точного и неуклонного исполнения законов, бережного отношения к народному добру, соблюдения дисциплины труда, уважения к правам, чести и достоинству других лиц. Приведенные задачи отражают пеструю картину прошлых лет, политический строй, а главное, господ-

ствующую идеологию. Суть последней сводилась к приоритету государственных интересов над интересами общества и отдельно рассматриваемой личности. Благо, что ныне действующий ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в ст. 1 и 3 изменил некогда существовавшее положение вещей, признав человека, его права и свободы высшей ценностью, определив тем самым, как мы полагаем, качественно новую правовую идеологию демократического толка, основанную на положениях, закрепленных в Основном законе страны (ст.ст. 2, 7, 10, 13, 17, 19, 21, 15 Конституции РФ), которые изменили представление о «государственном руководстве адвокатурой».

Между тем, нельзя не заметить того обстоятельства, что, несмотря на заидеологизированность воли законодателя в Положении об адвокатуре РСФСР 1980 г. в части назначения адвокатуры, ряд задач не потеряли своей актуальности и по сей день. Так, согласно ст. 1, под адвокатской деятельностью понимается квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в установленном законом порядке, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию. Прежде чем детально охарактеризовать назначение российской адвокатуры, как нам представляется, необходимо обратиться к природе самого понятия «назначение». Большинство авторов назначение трактуется в философском смысле, как совокупность целей и задач и, в общем, это оправданно, поскольку по своему содержанию категории цели и задачи действительно взаимосвязаны как в семантическом, так и в философском плане¹.

Вместе с тем, под задачей понимается сложный вопрос и проблема, требующие исследования и разрешения², а цель представляет собой предвосхищение в сознании результата, на достижение которого направлены действия³. Исходя из

¹ См.: Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России в вопросах и ответах. Учебное пособие. - М.: Юрист, 2002. С. 47.

² См.: Ожегов С.И. и Швецова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 8000 слов и фразеологических выражений. Российская академия наук, институт русского языка им. В.В. Виноградова. 4-е изд. доп. - М.: Азбуковник, 1999. С. 203.

³ См.: Философский словарь. / Под. ред. И.Т. Фролова. 5-е изд. - М.: Политиздат, 1986. С. 533-534. В.М. Царев считает, что если деятельность исследуется лишь в интенциональном аспекте, то есть когда для исследования важны результаты деятельности и безразлично ее содержание, то указанные понятия не следует разграничивать. В том же случае, когда необходимо проследить путь достижения того или иного результата, цели и задачи следует разграничивать.

чего, можно вполне обоснованно предположить, что задача - это ближайшая цель, а цель - это задача на перспективу¹. Однако следует помнить о том, что построение адвокатом ближайшей и перспективной цели зависит от конкретно сложившихся обстоятельств, правовой проблемы, сформированной позиции по делу, взаимоотношений с доверителем и ряда других субъективных и объективных факторов, которые нельзя рассматривать в отрыве друг от друга наряду с мотивацией и планированием адвокатской деятельности. Принимая во внимание приведенные изыскания, вполне разумно утверждать о так называемой правозащитной цели адвокатуры, состоящей в защите прав, свобод и интересов физических и юридических лиц, а также обеспечении доступа к правосудию.

Значение обозначенных целей велико и многогранно, поскольку они побуждают адвоката к активным действиям в момент принятия им решения о возложении на себя обязательств по оказанию квалифицированной юридической помощи в рамках соответствующего вида судопроизводства. Цель (назначение) адвокатской деятельности отражает объективные, правовые и фактические возможности защиты, способствуя планированию и прогнозированию результатов. Четкость в понимании целей и задач позволяет определить их законность или противоправность. Примечательно то, что цель защиты прав, свобод и интересов физических и юридических лиц не вызывает бурных дискуссий в научной среде главным образом в виду того, что она согласуется с назначением ГПК РФ, УПК РФ, АПК РФ и другими актами, а главное - Конституцией РФ.

Однако вопрос о том, должен ли адвокат обеспечивать доступ к правосудию, постоянно возникает и, как представляется, требует объяснений. Ряд авторов полагают, что правосудие, являясь исключительной прерогативой суда - органа государственной власти - не должно порождать у независимой адвокатуры комплекс мер направленных на обеспечение своевременного рассмотрения социально-правового конфликта по существу.²

В то же время следует помнить о том, что гарантированное в ст. 48 Конституции РФ право на получение квалифицированной юридической помощи является по своей сути част-

¹ См.: Безлепкин Б.Т. Указ соч. С. 47.

² См.: Бойков А.Д., Капинус Н.И., Тарло Е.Г. Адвокатура России: Учеб. пособие. 3-е изд. - М.: Издательский дом "Камерон", 2004. С. 16.

ным случаем общепризнанного права каждого на доступ к правосудию.

Именно в таком контексте определена роль адвокатуры Европейским судом по правам человека в деле Голдер (GOLDER) против Соединенного Королевства (Судебное решение от 21.02.1995 г.). В своей жалобе Голдер утверждал, что отказ министра внутренних дел разрешить ему - заключенному проконсультироваться у адвоката является нарушением Конвенции, гарантирующей право доступа к правосудию. Суд, истолковав ст. 6 п. 1 Конвенции, пришел к выводу, что невозможность воспользоваться услугами адвоката, а равно реализовать другое присущее право, является нарушением доступа к правосудию. При этом было подтверждено, что обеспечение доступа к правосудию является повсеместно признанным принципом права и неотъемлемой частью, осуществляемой адвокатом профессиональной деятельности¹. Приведенный пример свидетельствует о неразрывной, взаимообусловленной связи таких целей адвокатской деятельности, как защита прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц и обеспечение им доступа к правосудию. Что в определенном смысле позволяет утверждать о социальной ценности и предназначении адвокатуры, которая, освободившись от партийно-политической деспотии, поступательным образом развивается в условиях формирования свободного рынка, хозяйственной инициативы и предпринимательства, возрастания роли права и усложнения системы правоотношений, особенно в сфере экономики². Вместе с тем, законодатель четко и, как мы полагаем, верно, указал на то, что адвокатская деятельность не является предпринимательской. Ст. 2 ГК РФ устанавливает, что предпринимательской является самостоятельная осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Примечательно, что ст. 50 ГК РФ приводит классификацию юридических лиц по признаку извлечения прибыли и деления

¹ См.: Европейский суд по правам человека: Изб. реш.: в 2 т. - М.: НОРМА: Институт Европейского права МГИМО (У) МИД РФ; COLPI, Совет Европы, INTERRIGHTS. 2000. Т. 1. С. 39-80; ч. 2 ст. 48 и ч. 4 ст. 15 Конституции РФ.

² См.: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие. / Под. общ. ред. канд. юр. наук Буробина В.Н. Изд. 2-е, перераб. и допол. - М.: ИКФ "ЭКМОС", 2003. С. 19.

таковых на коммерческие и некоммерческие организации. Ст. 2 ФЗ «О некоммерческих организациях» №7-ФЗ устанавливает, что некоммерческой организацией является организация, не имеющая извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющая полученную прибыль между участниками. Некоммерческие организации могут создаваться для достижения социальных, благотворительных, культурных, образовательных, научных и управленческих целей, в целях охраны здоровья граждан, развития физической культуры и спорта, удовлетворения духовных и иных нематериальных потребностей граждан, защиты прав, законных интересов граждан и организаций, разрешения споров и конфликтов, оказания юридической помощи, а также в иных целях, направленных на достижения общественных благ. Некоммерческие организации могут создаваться в форме общественных или религиозных организаций (объединений), некоммерческих партнерств, учреждений, автономных некоммерческих организаций, социальных, благотворительных и иных фондов, ассоциаций и союзов, а также в других формах, предусмотренных федеральными законами.

Напомним, что ФЗ «О некоммерческих организациях» содержит ссылку на их создание в целях защиты прав и свобод граждан и оказания юридической помощи. Между тем, адвокатура не является типично некоммерческой организацией, поскольку может взаимодействовать с правоохранительными органами на условиях обязательности (например, при обязательном участии защитника по уголовному делу, ст. 51 УПК РФ, или случаи оказания юридической помощи гражданам РФ бесплатно, ст. 26 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). Адвокатская деятельность не направлена на извлечение прибыли, но в то же время в большинстве случаев, как свидетельствует адвокатская практика, квалифицированная юридическая помощь оказывается на платной основе¹.

В ряде зарубежных государств, в том числе США, несмотря на общую коммерциализацию адвокатуры, в отдельных штатах действуют целые ведомства «публичных защитников» (Public defenders), которые посвятили себя адвокатской практике в защиту интересов общества, их не так много, но они важны для юридической профессии и общества, так как

¹ См.: Питутько К., Коряковцев В. Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». - Питер, 2002. С. 14-15.

их судебная защита и иная деятельность способствует реформе права. Кроме того, поскольку эти адвокаты защищают клиентов или юридически отстаивают взгляды, не пользующиеся в обществе популярностью, или представляют интересы тех, кто не в состоянии самостоятельно оплатить услуги адвоката, то они служат напоминанием всему сословию юристов об одной из его высочайшей обязанности, исключаяющей корысть ради блага общества¹.

Критически реагируя на развитие адвокатуры запада, мы полагаем, что назначение российской адвокатуры сводится главным образом к защите. Ибо адвокат, стремящийся лишь только к извлечению прибыли, как правило, не заинтересован в осуществлении эффективной защитительной деятельности и удовлетворении потребностей своего клиента, что, безусловно, противоречит не только принципам, заложенным в кодексе профессиональной этики адвоката, но и общепринятым гуманистическим представлениям об адвокатуре и ее социальной роли в государстве. Защитник А.Ф. Кони представлялся как человек, «вооруженный знанием и глубокой честностью, умеренный в приемах, бескорыстный в материальном отношении, независимый в убеждениях²...». Адвокат, по мнению историка права Д.Н. Бородин, является специалистом, правоведом, который «защищает права индивидуальных лиц во имя и в интересах общественного блага³». Как мы видим, действительная цель адвокатуры глубока и социально значима. Она определяется необходимой защитой естественных и благоприобретенных прав физических и юридических лиц. В этой связи можно утверждать о том, что цели и задачи перед адвокатурой ставят не сами адвокаты и не государство, а в каком-то смысле общество. В свою очередь независимая адвокатура, чутко реагируя на запросы общества, обеспечивает его развитие и самосовершенствование. При этом цели адвокатуры, несмотря на ее обособление, не противоречат целям государства, так как судебное производство и, в особенности, уголовный процесс невозможны без участия адвокатов: они как бы стоят между государством, от имени которого⁴ осуществляется обвинение или иные требования и обви-

¹ См.: Уильям Бернам. Правовая система соединенных штатов Америки. - М.: "Новая юстиция", 2006. С. 276-279.

² См.: Кони А.Ф. На жизненном пути. - Сиб., 1912. С. 29.

³ См.: Бородин Д.Н. Исторический очерк русской адвокатуры. - Пг., 1915. С. 77.

⁴ См.: Стешенко Л.А., Шамба Т.М. Адвокатура в Российской Федерации. Учебник для вузов. - М.: Изд. НОРМА, 2001. С. 53-54.

няемым (подсудимым). К тому же, следует вновь обратиться к ст. 48 Конституции РФ, в которой говорится о том, что «каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката». Что свидетельствует о позиции заинтересованности государства в профессиональной деятельности адвоката, обладающего особым статусом и правом на осуществление защитительной функции. На основе всего вышеизложенного можно утверждать о том, что в назначении адвокатуры необходимо усматривать:

1) совокупность целей и задач, которые отражают правовые и фактические возможности защиты, способствуя прогнозированию результатов защитительной деятельности, ее законности или противозаконности;

2) социальную сущность и правозащитную направленность;

3) правовую и логическую связь с назначением ГПК РФ, АПК РФ, УПК РФ и другими актами, а главное Конституцией РФ;

4) некоммерческий характер;

5) правовую идеологию демократического толка, направленную на признание прав личности в качестве высшей ценности.

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА (ФАКТОРЫ), СПОСОБСТВУЮЩИЕ ФОРМИРОВАНИЮ ВИКТИМНОСТИ У ЖЕРТВ СЕКСУАЛЬНОГО НАСИЛИЯ

*Тихомирова Е.Д. -
преподаватель кафедры уголовного права и криминологии*

Проблема детерминации - одна из центральных в криминологии. Она достаточно теоретически разработана, хотя и не лишена спорных моментов, что сохраняет ее актуальность в течение длительного времени.

В традиции российской криминологии разноуровневый подход к исследованию криминогенных детерминант, позволяющий выстроить иерархию явлений и процессов, определить их взаимосвязь.

Криминогенные детерминанты дифференцируют на причины и условия. Причины непосредственно порождают следствие, поскольку причинная связь есть связь генетическая. Условия представляют собой явления и процессы которые формируют причину или создают возможность ее действия, в данном случае связь с последствием является обуславливающей¹.

Обстоятельства, способствующие формированию виктимности, рассматриваются только в качестве условий, поскольку признание генетической (порождающей) взаимосвязи между личностными качествами жертвы и преступным деянием не корректно с точки зрения действующего уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

Н.Ф. Кузнецова подразделяют криминогенные условия на способствующие совершению преступлений (ситуационные) и условия, формирующие криминогенную мотивацию. В группу ситуационных условий, по ее мнению, входят и виктимогенные², то есть условия, способствующие формированию виктимности у жертв.

В последнее время наблюдается тенденция не проводить резкого различия между причинами и условиями. Такой подход представляется вполне обоснованным, поскольку в реальной жизни причины и условия настолько динамично переплетаются друг с другом, что зачастую их не возможно разграничить³. Понятие «фактор» часто используется для определения явлений, находящихся в определенной зависимости с преступностью, без выяснения характера взаимосвязи.

Виктимогенные факторы рассматриваются как совокупность обстоятельств, связанных с личностью и поведением жертвы, которые во взаимодействии с личными свойствами преступника обуславливают совершение преступления в рамках конкретной ситуации.

В настоящем исследовании понятия «фактор», «обстоятельства» и «детерминанты» употребляются в качестве синонимов дефиниции «виктимогенные условия, способствующие совершению преступлений».

Обстоятельства (факторы), способствующие формированию виктимности у жертв сексуального насилия, - достаточно

¹ Криминология. Учебное пособие. Под ред. Н.М. Кузнецовой. - М.: Зерцало, 1998. С. 49.

² Там же. С. 51.

³ Мацкевич И.М., Эминов В.Э. Преступное насилие среди военнослужащих. - М.: Юрист. 1994. С. 26.

обширная и разнородная категория, и для ее эффективного изучения прибегнем к классификации.

Наиболее распространена классификация в зависимости от уровня охвата изучаемых явлений. Обстоятельства, способствующие формированию виктимности у жертв сексуального насилия, по данному основанию, делятся на: способствующие формированию виктимности у жертв сексуального насилия в целом (они идентичны общесоциальному уровню виктимогенных детерминант); уязвимости от отдельных типов сексуального насилия (сексуальное насилие в семье, в рамках властеотношений, педофилия, эксгибиционизм и т.д.) и предикты индивидуального виктимного поведения.

Однако по данному основанию возможен и другой вариант классификации, если в качестве явления рассматривать не само деяние (сексуальное насилие), а личность жертвы. В данном ключе характеристика детерминант механизма виктимизации жертв сексуального насилия определяется:

- на общесоциальном уровне - через раскрытие объективных и субъективных детерминант в обществе, формирующих или способствующих уязвимости человека;
- на социально-психологическом - анализ негативных изменений в сфере личных (семейных, сексуальных, гендерных) отношений, обуславливающих усиление виктимности;
- на психологическом - указание на особенности мотивации поведения жертвы, в частности, формирование мотива «обученной беспомощности»¹, отражение в сознании жертвы опыта прошлых актов насилия, специфику ситуаций совершения преступления, создаваемых при активном участии жертвы, особенную эмоциональную реакцию на переживаемую ситуацию.

На общесоциальном уровне раскрываются обстоятельства, действующие на уровне общества в целом.

К ним, по нашему мнению, относятся:

- 1) негативная социально-экономическая ситуация в обществе и сопутствующие ей конфликтность, безработица,

¹ Концепция обученной беспомощности была изложена американским ученым Мартином Селинганом. Он установил, что люди с подобным “синдромом” чаще становятся жертвами, и выявил факторы формирования у личности состояния “обученной беспомощности”. Виктимологическое значение данного комплекса состоит в том, что “человек, попав в ситуацию жертвы, практически ничего не предпринимает для изменения сложившейся ситуации”. Таким образом, факторы формирования обученной беспомощности можно рассматривать как условия появления виктимности. См.: Христенко В.Е. Психология поведения жертвы. - Р/н/Д.: “Феникс”, 2004. С. 96-105.

приводящие к падению уровня жизни отдельных лиц и обостряющие напряженность и конфликтность личных отношений, и, как следствие, - алкоголизм и наркомания как способы снятия напряжения и тревожности, уход от решения проблем;

2) отсутствие либо недостаточная эффективность социально ориентированной политики в стране, направленной на поддержку семьи, охрану материнства и детства, сохранения репродуктивного здоровья населения;

3) невозможность решить жилищную проблему, которая вынуждает проживать совместно членов семьи, один из которых жертва насилия со стороны другого;

4) высокий уровень безнадзорности подростков;

5) недостаточное обеспечение и неравномерное региональное распределение кризисных центров и приютов для лиц, подвергшихся сексуальному насилию;

6) существующая правоприменительная уголовная практика при разрешении дел по фактам сексуального насилия;

7) пробелы в уголовно-статистическом учете, при котором большинство жертв, обратившихся в правоохранительные органы, в учет не попадает;

8) существование «горячих точек», межнациональных вооруженных конфликтов, торговли людьми с целью сексуальной эксплуатации, высокая вероятность захвата заложников в связи с угрозой международного терроризма;

9) отсутствие должной правовой культуры и воспитания, недостаток информированности граждан о противоправности сексуального насилия;

11) наличие социокультурных и гендерных стереотипов в обществе, являющихся источником оправдания и терпимого отношения к сексуальному насилию;

12) наличие духовного вакуума, активная пропаганда СМИ жестокости и насилия как средства решения проблем;

13) существование асоциальных девиаций: проституции, наркомании, алкоголизма, бродяжничества и других.

Нельзя не остановиться на наиболее традиционной и одной из самых спорных классификаций детерминант в зависимости от природы их возникновения на: биологические и социальные. Ответом на вопрос - порок общественного развития или болезнь - стоит за фактом преступного посягательства озадачены криминологи с момента возникновения науки. Подобный спор плавно перекачивал и в виктимологию.

Ответ на него неоднозначен, однако, как нам кажется, более определен в виктимологии. И если в отношении личности преступника выделение биологических детерминант спорно, то обстоятельств, способствующих формированию виктимности у жертв сексуального насилия существуют в полнее объективно. Такие физиологические качества жертвы, как пол, возраст, состояние здоровья (как физического, так и психического), напрямую влияют и на степень уязвимости, и на возможность противостоять преступлению. Например: возрастные особенности психики малолетних и несовершеннолетних потерпевших, а именно: незрелость, подчиняемость авторитету взрослого, доверчивость, недостаточность жизненного опыта и осведомленности в вопросах половых отношений, неумение полно и критично оценивать сложившуюся ситуацию и прогнозировать возможные действия других лиц - являются определенной предпосылкой к сексуальному насилию над детьми. В то же время эти же качества служат сокрытию сексуального насилия и провоцируют недоверие к его рассказу.

В рамках биологических условий можно, в свою очередь, выделить группу субъективных - это условия повышенной уязвимости определенных лиц, в зависимости от их физических качеств, избираемых преступником в качестве потенциальной жертвы. Например, потенциальной жертвой педофила будет ребенок или подросток. Эта категория особенно актуальна, когда речь идет о серии преступных посягательств для реализации мер адресной (индивидуальной, групповой) виктимологической профилактики.

Логичным было бы предположить что условия, способствующие появлению виктимности напрямую взаимосвязаны с видом виктимности в генезисе которого участвуют. Если в отношении массовой виктимности ситуация примерно ясна, на нее воздействует значительная группа общесоциальных факторов (см. выше).

Факторы, способствующие появлению видовой виктимности, можно классифицировать в зависимости от вида преступлений, уязвимость к коим провоцируют.

Сложнее определится с группой факторов, провоцирующих личностную виктимность. Она, как и видовая, напрямую зависит от типа посягательства. С другой стороны, логичным будет предположить, что определенный набор личностных качеств позволяет прогнозировать и виды преступных посягательств, наиболее вероятные в отношении конкретной лич-

ности, наделенной этими качествами. Фактически получается, что виктимологическая профилактика, основанная и рассчитанная на упреждающее воздействие на жертву преступления, использует широко известный метод оперативно-розыскной деятельности «ловля на живца», который состоит в подборе идеальной, наиболее привлекательной для преступника, жертвы с целью спровоцировать посягательство. Пока в научных кругах ведутся споры о существовании в качестве объекта исследования «потенциальных» жертв практика уже давно пользуется этой категорией на единичном уровне. Высока вероятность, что с переходом на общесоциальный уровень профилактики подобный способ профилактики будет эффективен. Но это долгосрочная задача, поскольку требует, прежде всего, законодательно закрепить термин жертвы, например, в Законе о профилактике преступлений, отдельно обозначив категорию потенциальных жертв для реализации методов виктимологической профилактики преступлений. Причем термин должен существовать объективно, и категория жертв не должна быть связана с фактом признания лица потерпевшим от преступления, а работать на практику предупреждения преступности.

В.Е. Христенко рассматривает в качестве основных факторов, влияющих на уровень сексуальной виктимности, следующие. Во-первых, наличие отклонений в психосексуальном развитии у жертвы. К таковым относятся: гиперестезия (усиление полового влечения) и мазохизм. Во-вторых, наличие отклонений в психосексуальном развитии у преступника, а именно сексуальный садизм, склонность к педофилии, геронтофилии, эксбиционизм, мания убийств на сексуальной почве и другие. И последний фактор, структура общественных отношений, которые создают условия для совершения преступлений¹, под которым понимается целый ряд социальных факторов, в том числе, индустриализация и урбанизация, расслаивающие общество; социальные деликты и организация жизнедеятельности общественных структур. Он предполагает изучение архитектурных особенностей района с целью выявления зон максимальной анонимности поведения человека. Чем больше таких зон, тем выше уровень виктимогенности района. Подобные исследования проводятся в рамках архитектурной криминологии².

¹ Христенко В.Е. Психология поведения жертвы. - Р/н/Д.: «Феникс», 2004. С. 154-198.

² Иншаков С.М. Криминология. Практикум. - М.: Юриспруденция, 2001. С. 6.

Приведенная классификация основана на взаимосвязи элементов преступления: преступник, жертва, среда¹. И рассматривает влияние каждого звена представленной схемы.

Согласно результатам исследований, западные виктимологи² выявили основные группы факторов, влияющие на степень риска стать «мишенью» для преступных посягательств:

1. Образ жизни, под которым понимаются способы тратить свое время и деньги.

2. Повседневная деятельность или тип поведения привлекающий потенциальных преступников.

3. Контакты с мотивированными (и зачастую опасными) правонарушителями.

4. Вероятность попадания в опасные ситуации.

5. Доступность привлекательных для преступников объектов.

6. Наличие или отсутствие эффективной охраны (милиции, частной службы безопасности или системы охранной сигнализации).

7. Близость криминальных «горячих точек».

Указанная группа факторов, как и предыдущая, удобна для практического применения, однако требует развернутого изложения и не делает акцент на некоторых, как нам кажется, важных аспектах.

Мы предполагаем, что для раскрытия и систематизации обстоятельств (факторов), способствующие формированию личностной виктимности у жертв сексуального насилия целесообразно основывать классификацию на элементах механизма виктимизации, который основан на тех же принципах, что и механизм преступного поведения, но рассматривается под углом жертвы. Фактически мы берем за основу ту же схему, что использует В.Е. Христенко: свойства личности жертвы и внешняя среда (виктимогенная ситуация), но исключаем из нее группу факторов, рассматривающих личность преступника. В данном исследовании эта группа фигурировать не может, поскольку личность преступника давно и успешно изучается криминологией. К виктимогенным факторам может быть отнесено не само поведение преступника, а лишь «образ» (слепок, отпечаток) его в сознании жертвы, восприятие жертвой преступного поведения, его прогнозирование.

¹ Христенко В.Е. Психология поведения жертвы. - Р/н/Д.: «Феникс», 2004. С. 154.

² Криминология. Под ред. Дж. Ф. Шелли. / Пер. с англ. - СПб.: Питер, 2003. С. 233.

Это напрямую зависит от социального опыта и личностных качеств жертвы. Подобный аспект подробно рассматривается в рамках факторов, характеризующих личность жертвы, ее поведение, особенности взаимодействия с посягателем у различных типов жертв и отдельного рассмотрения в данном исследовании не требует.

Таким образом, мы предлагаем классифицировать обстоятельства, влияющие на формирование виктимности у жертв на три группы:

1. Обстоятельства, способствующие формированию уязвимости жертв сексуального насилия на массовом уровне.

2. Обстоятельства, обуславливающие личностную виктимность жертв сексуального насилия.

3. Обстоятельства, формирующие ситуативную виктимность.

Причем по своей природе условия могут быть как социальными, так и биологическими.

Рассмотрим подробнее каждую из вышеперечисленных групп.

Первая группа условий - это общесоциальные предикты виктимности, не исчерпывающий перечень которых был приведен выше. По содержанию они могут подразделяться на: экономические, организационно-управленческие, нравственно-этические, правовые и так далее.

Вторая группа - это условия формирования виктимного поведения на индивидуальном уровне, они, в свою очередь, делятся на четыре группы.

1. Факторы, характеризующие личность жертвы и определяющие ее поведение.

К ним относятся: пол, возраст, состояние здоровья, физическое состояние в момент преступного посяательства (алкогольное или наркотическое опьянение, употребление сильнодействующих медикаментов) и социальный статус, профессия, выполняемые социальные роли. В эту же группу попали особенности характера (вспыльчивость, агрессивность, грубость, жестокость, легкомысленность, половая распущенность) и дефекты воспитания и развития (низкий уровень культуры досуга и быта, образования). Но содержание условий формирования виктимности будет не одинаково у различных типов жертв. Например: психические особенности несовершеннолетнего возраста, повышенная внушаемость, пассивность, инфантилизм, подчиняемость, спонтанность, отсут-

ствии логики событий, низкий уровень ориентации в новых ситуациях увеличивают его уязвимость.

Изучение уголовных дел показало, что состояние алкогольного или наркотического опьянения наблюдается у жертв сексуального насилия почти в 80% случаев, причем около 70% жертв употребляют алкогольные напитки вместе с бедующим посягателем.

2. Факторы, характеризующие поведение жертвы до преступного посягательства.

Поведение жертвы может быть социально-одобряемым, нейтральным, противоправным, неосмотрительным, рискованным, некритичным, легкомысленным, распушенным, порою провокационным. Причем отдельного рассмотрения требуют лица, чей социальный статус детерминировал сексуальное посягательство, а именно лица с девиантным поведением, лица, занимающиеся проституцией, и другие.

В рамках этой группы следует рассматривать и влияние взаимоотношений жертвы и преступника на уровень виктимности: родственные, служебные, отношения материальной или иной зависимости, приятельские, случайное знакомство либо отсутствие отношений. Исследования показали, что 2/3 жертв сексуального насилия знакомы с преступником¹.

3. Факторы, характеризующие поведение жертвы в момент преступного посягательства.

Поведение жертв сексуального насилия может быть трех типов: во-первых, это случайные жертвы, поведение которых было нейтральным по отношению к посягателю; вторую группу составляют те, кто ведет себя легкомысленно, неосознанно провоцируя сексуальное посягательство преступника, они легко завязывают случайные знакомства и демонстрируют при общении придуманную сексуальную опытность; третья группа - жертвы, которые сознательно провоцируют сексуальную агрессию, считая, что могут выйти без ущерба из сложившейся ситуации, а иногда и заработать денежную компенсацию. Ю.М. Антонян пишет и о необходимости «учитывать небольшие группы людей с мазохистскими наклонностями, которые стремятся стать жертвами насилия и провоцируют его. Особенно потерпевшие от сексуальных преступлений». ... «Будущая жертва приводит преступника в аффективное состояние и тем самым провоцирует его на насилие...»². Здесь же

¹ Виктимность и сексуальное насилие. - Пермь, 2001. С. 8.

² Криминология. Под ред. Ю.М. Антоняна. - М.: Логос, 2004. С. 231.

следует рассматривать готовность и возможность оказать сопротивление посягателю.

4. Факторы, определяющие отношение жертвы к себе, то есть принятие или нет необходимых охранно-защитительных мер самой жертвой.

Последняя группа преследует практические цели и никоим образом не переносит «вину» на жертвы, а лишь пытается выявить возможность избежать посягательства, например, использование средств индивидуальной защиты, доступности и оснащенности помещений охранной сигнализацией и видеонаблюдением, выбор более безопасного маршрута и т.д.

Третья группа - характеристика предпосылок виктимной ситуации.

Причем детерминантой является не сама ситуация, а ее оттиск, образ в сознании действующего субъекта, степень адекватности которого реальному объекту зависит от физиологических и психологических особенностей субъекта, его социальной позиции и индивидуального опыта. Образ ситуации - всегда лишь фрагмент реальной совокупности жизненных обстоятельств, но фрагмент, функционирующий в сознании как совокупность отраженных факторов, являющихся объективной действительностью¹.

Эта группа может быть классифицирована на общие для всех ситуаций факторы и специальные, существующие в рамках ситуации определенного вида. К общей относятся виктимные паттерны места и времени сексуального нападения, действий третьих лиц, а также архитектурные особенности внешней среды, обусловившие посягательство.

Так, многие ошибочно полагают, что женщины подвергаются сексуальным нападениям на улицах в ночное время. Такая ситуация отмечена только в 7% случаев, 35% изнасилований совершаются в жилищах, 20% в подвалах, подъездах, лифтах и так далее².

Отдельного рассмотрения требуют конфликтные ситуации (иногда мотивом сексуальные посягательства является не удовлетворение половых потребностей, а желание унижить, оскорбить, подчинить); сексуальное посягательство «на свидании»; в рамках семейных отношений и другие.

¹ Рыбальская В.Я. Виктимологические проблемы преступности несовершеннолетних: Автореф. дисс. докт. юрид. наук. - Иркутск, 1984. С. 170.

² Виктимность и сексуальное насилие. - Пермь, 2001. С. 4.

Анализируя все вышеизложенное, можно заключить, что предпосылки возникновения виктимности у жертв сексуального насилия на массовом уровне достаточно глубоко изучены, а обстоятельства, способствующие формированию виктимности на индивидуальном уровне, должны устанавливаться в каждом конкретном случае. Тем более что обязанность по установлению причин и условий, способствующих совершению преступления, фактически охватывает и виктимогенные условия. Существенную роль в выявлении обстоятельств, способствующих формированию виктимности у жертв сексуального насилия, может сыграть анализ данных телефонов доверия, кризисных центров, общественных организаций, деятельность которых направлена на предупреждение преступности и реабилитацию жертв.

Из всего вышеизложенного следует:

1. Обстоятельства (факторы), способствующие появлению виктимности у жертв - это всегда условия, способствующие преступному посягательству.
2. Виктимогенные условия по природе возникновения могут быть как социальными, так и биологическими.
3. Факторы, способствующие формированию виктимности, напрямую зависят от вида виктимности, в генезисе которого участвуют.
4. Классификацию факторов виктимности целесообразно основывать на элементах механизма виктимизации.
5. Целесообразно закрепление термина «потенциальной жертвы» для эффективной профилактической работы.

ИСПРАВЛЕНИЕ ОСУЖДЕННОГО И ЭФФЕКТИВНОСТЬ ЕГО ДОСТИЖЕНИЯ

*Хмелевская Т.А. -
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и криминологии*

Исправление лица, совершившего преступление, как цель ставится перед правоприменителем в уголовном и уголовно-исполнительном законодательстве Российской Федерации. Об этом говорится в ч. 2 ст. 43 УК РФ и ч. 1 ст. 1 УИК РФ. Наличие цели - исправления осужденного - подтверждает тезис, что наказание - это не кара государства за содеянное, а процесс формирования в личности общественно полезных

качеств. В ст. 9 УИК РФ они перечисляются: уважительное отношение к человеку, обществу, труду, нормам, правилам и традициям человеческого общежития.

Исправление как самостоятельная цель наказания характерна и для зарубежного уголовного законодательства. «Удобство теории исправления, по мнению английских юристов, заключается в возможности применения к преступнику, как карательных средств, так и мер, не носящих карательного характера, - более доступных и дешевых»¹. В США эта теория нашла широкую поддержку среди психологов и психиатров. «Они призывают к «исправительной терапии», к «лечению» лиц, совершивших или могущих совершить преступление. Эта теория в своем «чистом» виде признает возможность применения «исправительных мер» независимо от вины в совершении преступления, лишь в силу «опасного состояния» лица»².

Первый фактор, который предопределяет осуществление цели исправления осужденного, - это назначение ему справедливого наказания. Согласно ст. 6 УК РФ, справедливым является наказание, соответствующее характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. Но даже это обстоятельство не гарантирует достижение цели исправления осужденного. По мнению О. Тюшняковой, причинами такого положения являются: «...несовершенство законодательства; ошибки судов при назначении наказания и вынесении приговоров; необоснованное освобождение от уголовной ответственности или наказания и т.д.»³. При этом механизм достижения данной цели наказания заключается не только в карательном содержании и испытании его осужденным, но и в воздействии на осужденного неправовых исправительных средств. К ним относятся: воспитательная работа, общественно-полезный труд, получение ими образования и их профессиональная подготовка, участие общественности в исправительном процессе (ст. 9 УИК РФ)⁴. От того, как эти средства будут применяться к осужденному в процессе отбывтия им уголовного наказания, какое влияние они на него окажут, напрямую зависит,

¹ Крылова Н.Е., Серебрякова А.В. Уголовное право современных зарубежных стран. - М., 1997. С. 132.

² Там же. С. 133.

³ Тюшнякова О. Механизм обеспечения исполнения наказаний, не связанных с лишением свободы. // Уголовное право. 2006. №3. С. 88.

⁴ См.: Комментарий к Уголовно-исполнительному кодексу РФ. / А.И. Зубков, О.Б. Лысигин, А.С. Михлин и др. Ред. П.Г. Мишенков. - М., 1997. С. 31-34.

будет ли достигнута цель его исправления. В своей работе мы постараемся проанализировать научные и практические рекомендации и подходы в решении вопроса исправления осужденных в процессе отбывания ими уголовного наказания.

Выбор средств исправления осужденных в процессе исполнения уголовных наказаний зависит от вида назначенного наказания, характеристики их личности и поведения. В отношении несовершеннолетних ч. 7 ст. 88 УК РФ установила, что: «Суд может дать указание органу, исполняющему наказание, об учете при обращении с несовершеннолетним осужденным определенных особенностей его личности». Такой подход необходим для исправления лица, отбывающего уголовное наказание. Основным субъектом, выявляющим особенности личности и определяющим индивидуальную программу исправления, является психолог. «Отмечая значительное усиление использования законодателем при регулировании вопросов назначения справедливого наказания положений психологии, полагаем вместе с тем, что на нынешнем этапе уголовно-правовой реформы концепция психологических основ ответственности и наказания реализована не полностью»¹. По мнению директора Федеральной службы исполнения наказаний Ю. Калинина: «У сотрудников исправительных учреждений возникло предубеждение: «Что мне может подсказать эта юная особа (молодой человек) с дипломом, если я всю жизнь проработал в колонии и как на рентгене вижу внутренний мир заключенного?»². Недооценка роли психологов в исправительном процессе может повлиять на эффективность достижения цели исправления. Поэтому необходимо «ломать» такой негативный подход практических работников в системе исполнения наказаний. Сегодня на учете психологов в местах лишения свободы состоят около 240 тыс. осужденных. Из них 50 тыс. - с признаками психических отклонений. Более 60 тыс. - с повышенной агрессивностью и возбудимостью, около 20 тыс. склонных к суициду и членовредительству. В зарубежных пенитенциарных учреждениях уровень самоубийств на 1000 человек немного выше, чем среди населения соответствующих государств. А в российских местах лишения свободы данный показатель ниже на 30 процентов. В какой-то мере это результат работы и тюремных

¹ Ситковская О.Д. Психологический комментарий к Уголовному кодексу РФ. - М., 1999. С. 62.

² Российская газета. 2006. 17 ноября.

психологов¹. Неполная реализация психологического подхода к регулированию исправительного воздействия на осужденного в процессе исполнения наказания приводит к тому, что после его отбытия они вновь совершают преступления. На первом этапе своей работы психолог должен определить индивидуальные свойства личности и на их основе составить психологический портрет. Он ляжет в основу программы исправления в ходе исполнения наказания. По мнению О.Д. Ситковской, особое внимание следует уделять таким свойствам личности, которые «указывают на закономерность или случайность принятия и реализации решения о преступлении; влияют на способность управлять поведением в конкретной ситуации. Эти свойства значимы также для прогноза опасности рецидива и определения программы коррекционного воздействия»². Работа психолога с осужденными является одной из форм воспитательного воздействия. Сегодня действует «Инструкция об организации воспитательной работы с осужденными в воспитательных колониях уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции РФ», утвержденная Приказом Министерства юстиции №77 от 28.02.2000 г. В указанном документе одним из субъектов воспитательной работы назван психолог, но сфера его деятельности не конкретизируется. Воспитательная работа проводится по нескольким направлениям: нравственное, правовое, трудовое, эстетическое и физическое. Нравственное воспитание направлено на формирование морально-этических установок, а также на то, чтобы осужденный познакомился с основами этики, психологии общения, приобщился к общечеловеческим ценностям³. Именно на это и должна быть нацелена деятельность психолога в своем исправительном воздействии на осужденного. Но в уголовно-исполнительном законодательстве нет нормы, регламентирующей деятельность психолога или определяющей его роль в воспитательном процессе. Только в п. 6.1 ст. 12 УИК РФ говорится о праве осужденных на психологическую помощь. Осужденные участвуют в меро-приятиях по оказанию психологической помощи добровольно. Законодательно следует разграничить деятельность психолога в части оказания

¹ Российская газета. 2006. 17 ноября.

² Ситковская О.Д. Психологический комментарий к Уголовному кодексу РФ. - М., 1999. С. 64.

³ См.: Инструкция об организации воспитательной работы с осужденными в воспитательных колониях уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции РФ. // www.hro.org/editions/prison

психологической помощи (как реализации права осужденного) и исправительного воздействия (как реализация принципа уголовно-исполнительного законодательства РФ - соединение наказания с исправительным воздействием). Для этого, по нашему мнению, необходимо дополнить главу 15 УИК РФ «Воспитательное воздействие на осужденных к лишению свободы» статьей «Формы и методы психологической работы с осужденными к лишению свободы». В содержание статьи войдут положения об обязательном участии психолога в нравственном воспитании осужденных, возложение на психолога обязанности глубокого изучения личности осужденного с целью индивидуализации процесса исполнения наказания и выбора средств исправительного воздействия.

Основная масса психологов - более 90% - работает непосредственно в колониях и следственных изоляторах. Здесь создаются психологические лаборатории, исходя из нормативов: 1 психолог на 300 осужденных и сотрудников в исправительных колониях или на 100 человек в воспитательных колониях¹. При таком соотношении наиболее реальной формой исправительного воздействия является групповая или массовая. Индивидуальная психолого-коррекционная работа носит эпизодический характер. Нетрудно подсчитать, что, работая индивидуально по одному часу с восьмью осужденными в день, психолог сможет проводить индивидуальные беседы в исправительной колонии с регулярностью одна беседа раз в три месяца. По нашему мнению, эффективность такого исправительного воздействия минимальна. Другая проблема состоит в том, что только 10% всех работников психологической службы занимаются с осужденными, не лишенными свободы и отбывающими иные виды наказаний. Уголовно-исполнительная политика государства на современном этапе его развития одним из направлений определяет расширение применения наказаний без изоляции от общества. Следовательно, число осужденных названной группы будет расти, а они также нуждаются в исправительном воздействии, субъектом которого выступает психолог. Поэтому мы считаем, что увеличение числа работников психологической службы уголовно-исполнительной системы послужит эффективности достижения цели исправления среди осужденных, отбывающих как лишение свободы, так и альтернативные виды наказаний.

¹ См.: Российская газета. 2006. 17 ноября.

Исправление осужденных предполагает «формирование у них готовности, умений и навыков к разрешению социальных проблем»¹. Это особенно актуально для лиц, лишенных свободы. Такие осужденные теряют привычные социальные связи, навыки общения в обществе. Это в итоге может привести к рецидиву преступлений. Такая проблема есть и в других странах. В отчете правительства Великобритании было выделено девять факторов, важных для понимания того, почему люди продолжают совершать преступления и после освобождения из мест лишения свободы. Это - место жительства, занятость для обеспечения постоянного дохода, образование. Сюда же относятся злоупотребление алкоголем и наркотиками, проблемы с физическим и психическим здоровьем, жизненные установки и самоконтроль, приспособленность к жизни - то есть способность брать на себя ответственность и умение взаимодействовать с другими людьми, финансовое положение, долги, а также семья². Для этого требуется социальное исправление лиц, отбывающих уголовное наказание. В уголовном законодательстве Франции определяется такой порядок отбывания наказания в виде лишения свободы, при котором достигается цель социальной реадaptации осужденных. «Именно с этой целью были введены в уголовное право Франции новые виды лишения свободы, институт пробации и другие меры уголовно-правового характера. Социальная реадaptация понимается сторонниками данного направления как приспособление преступника к условиям жизни в обществе, его «возвращение» в социальную среду»³. По нашему мнению, правильно выстроенная социальная работа с осужденными является одним из факторов, способствующих исправлению осужденного. В Российской Федерации такое направление деятельности уголовно-исполнительной системы регламентируется нормативно-правовыми актами Министерства юстиции: приказ ГУИН Минюста России от 30.03.2000 г. №41 «Об утверждении типовых структур и штатов подразделений УИС Минюста России», ввел в структуру исправительных учреждений «группу социальной защиты и учета трудового стажа

¹ Казакова Е. Значение социальной работы в исправлении осужденных, отбывающих пожизненное лишение свободы в Российской Федерации, и проблемы ее правового регулирования. // Уголовное право. 2006. №4. С. 93.

² См.: Малков В., Баранов Ю. Уголовное право и проблемы адаптации лиц, освобожденных от отбывания наказания в виде лишения свободы. // Уголовное право. 2006. №5. С. 121.

³ Крылова Н.Е., Серебрякова А.В. Уголовное право современных зарубежных стран. - М., 1997. С. 136.

осужденных»; «Положение о группе социальной защиты осужденных исправительного учреждения уголовно-исполнительной системы», утверждено Приказом Минюста России от 30.12.2005 г. №262. Социальная работа в исправительном учреждении представляет собой комплексную деятельность по оказанию социальной помощи и поддержки, осуществлению социальной защищенности осужденных, создающих предпосылки и в совокупности с другими факторами фактическое достижение цели исправления осужденного в период отбывания наказания. Поэтому мы поддерживаем предложение Е. Казаковой¹ о включении социальной работы в перечень основных средств исправления осужденных (ч. 2 ст. 9 УИК РФ). В последние годы субъектами ее проведения выступают не только группы социальной защиты осужденных в исправительных учреждениях, но и общественные объединения. По словам директора ФСИН Минюста России Ю. Калинина, многие организации помогают осужденным найти свое место в жизни: Межрегиональный благотворительный фонд помощи заключенным, независимый благотворительный фонд поддержки осужденных «Фатум», региональное благотворительное общественное объединение «Логос», деловое партнерство налажено с представителями неправительственных организаций из Германии, Англии, США². Но для их эффективной деятельности в достижении цели исправления осужденных в период отбывания уголовного наказания необходима соответствующая правовая база. Ст. 23 УИК РФ называет формы содействия общественных организаций в работе органов и учреждений УИС. А именно - это участие в исправлении осужденных и осуществление контрольных функций. В самом УИК РФ названы две формы общественных объединений: попечительский совет и родительский комитет. В соответствии со ст. 142 УИК РФ главными задачами попечительского совета являются: укрепление материально технической базы воспитательных колоний, социальная защита осужденных, их бытовое и трудовое устройство после освобождения. В совет входят: представители государственных структур; других общественных объединений; граждане, изъявившие желание принять участие в работе совета. Решение о создании попечительского

¹ См.: Казакова Е. Значение социальной работы в исправлении осужденных, отбывающих пожизненное лишение свободы в Российской Федерации, и проблемы ее правового регулирования. // Уголовное право. 2006. №4. С. 95.

² См.: Российская газета. 2006. 1 декабря.

совета принимается высшим государственным органом исполнительной власти субъекта РФ. По мнению В.И. Селиверстова: «В наше время попечительский совет мог бы организовывать благотворительную деятельность различных коммерческих структур, спонсоров в пользу колонии. Важна роль советов и в деле подготовки осужденных к освобождению, в заблаговременном выяснении обстановки в семье, при необходимости в решении вопроса о направлении подростка после освобождения в интернат, назначении попечителей, подыскании места работы»¹.

Деятельность родительского комитета предусмотрена с целью повышения воспитательного воздействия на осужденных и оказания помощи администрации воспитательных колоний. В состав родительского комитета входят родители, лица, их заменяющие и другие близкие родственники осужденных. Работа данного органа регулируется положением, утверждаемым начальником воспитательной колонии. Это общественное объединение создается при колонии в целом или при ее отрядах.

В настоящий период идет доработка проекта ФЗ РФ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности». Это второй вариант законопроекта, направленного решить проблему работы данных структур в уголовно-исполнительной системе. Субъектами осуществления общественного контроля и содействия выступают наблюдательные общественные комиссии, а также любые другие общественные объединения, имеющие государственную регистрацию. Наблюдательные комиссии состоят из общественных контролеров. По мнению С. Зубарева, членов наблюдательной комиссии следует именовать «общественными инспекторами», а не «общественными контролерами», т.к. этот термин больше соответствует природе и социальному назначению создаваемого института контроля². Рассматриваемый законопроект наделяет общественные наблюдательные комиссии обширным кругом полномочий. Основными из них являются: посещение учреждений УИС, проведение бесед с осужденными, обращение в государственные органы с заяв-

¹ Селиверстов В.И. Уголовно-исполнительное право: Вопросы и ответы. - М., 2003. С. 45.

² Зубарев С. Проект ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности»: за и против. // Уголовное право. 2004. №2. С. 108.

лениями по вопросам обеспечения прав лиц, находящихся в местах принудительного содержания, участие в решении вопросов о предоставлении осужденному освобождения от дальнейшего отбывания наказания по основаниям, предусмотренным законом. Общественным объединениям разрешается оказывать помощь в проведении мероприятий по социальной адаптации осужденных. Принятие ФЗ РФ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии общественных объединений их деятельности» станет еще одним фактором, ведущим к достижению цели исправления осужденных в период отбывания ими наказания.

Если цель исправления достигнута, то даже при осознании возможности совершить преступление и не быть наказанным лицо не преступает закон. У «исправленного» бывшего осужденного в этом случае уже «срабатывают» морально-нравственные барьеры. Активную роль в их формировании выполняют священнослужители, представители различных конфессий. Им легче наладить психологический контакт с осужденным. В соответствии с п. 4 ст. 14 УИК РФ: «К осужденным к аресту или лишению свободы по их просьбе приглашаются священнослужители, принадлежащие к зарегистрированным в установленном порядке религиозным объединениям, по выбору осужденных». В 2006 году на 765 исправительных колоний приходилось 396 церквей, расположенных на их территории¹. Строительство церквей проводится за счет собственных средств осужденных и добровольных пожертвований. Директор ФСИН Ю. Калинин обращался к патриарху Алексею II ввести в штат тюремных священников, содержание которых обеспечивалось бы за счет собственных средств уголовно-исполнительной системы². В своем послании Алексей II подчеркнул, что вместе с государством церковь заботится о защите нравов. Церковь призывает к покаянию и исправлению жизни. Люди, пребывающие в местах лишения свободы, нуждаются в особом церковном попечении. Уже сейчас во многих епархиях Церковь осуществляет плодотворное взаимодействие с сотрудниками исправительных учреждений, строятся тюремные храмы, проводятся богослужения и катехизаторские беседы с заключенными³. Это взаимодействие закрепляется

¹ См.: Российская газета. 2006. 28 июля.

² См.: Российская газета. 2006. 28 июля.

³ См.: [www./viperson.ru](http://viperson.ru)

через принятие совместных документов. Например, 30 мая 2007 года было подписано Соглашение о взаимодействии в духовно-нравственном воспитании осужденных между начальником Главного управления ФСИН России по республике Татарстан Дауфитом Хашадишиным и председателем Духовного управления Мусульман Татарстана Гусманом Исхаковым архиепископом Казанским и Татарским Анастасием. «Деятельность священнослужителей в исправительных учреждениях должна стать одним из важнейших аспектов исправления осужденных на основе приобщения их к истокам духовности и нравственным ценностям, заложенным в самой религии», - отметил начальник Главного управления ФСИН России по республике Татарстан¹. В уголовно-исполнительном законодательстве отсутствует отдельная норма, определяющая участие религиозных организаций в исправлении осужденных. По нашему мнению, этот пробел необходимо устранить путем принятия ст. 23-1 УИК РФ «Содействие религиозных объединений в работе учреждений и органов, исполняющих наказание». Предложенная норма должна содержать указание закона на то, что зарегистрированные в установленном порядке религиозные объединения принимают участие в исправлении осужденных. Формами исправительного воздействия являются индивидуальные, групповые и массовые беседы со священнослужителем, организация воскресных школ, проведение религиозных обрядов. Алексею II в своем послании призвал настоятелей храмов и мирян к сбору пожертвований на возрождение церковного служения в местах лишения свободы². Эти добровольные взносы, собственные средства осужденных лягут в основу материальной базы для достижения цели исправления в процессе духовно-нравственного воспитания осужденных представителями различных религиозных конфессий.

Другим субъектом, способным повлиять на процесс исправления осужденных, является самодеятельная организация в исправительных учреждениях. Самодеятельные организации осужденных работают под контролем администрации исправительного учреждения. Порядок формирования и деятельности самодеятельных организаций осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы в исправительных учреж-

¹ <http://volga.rian.ru/society>

² См.: [www.//viperson.ru](http://viperson.ru)

дениях уголовно-исполнительной системы, определяет «Положение о порядке формирования и деятельности самодеятельных организаций, осужденных в исправительных учреждениях Федеральной службы исполнения наказаний», утвержденным Приказом Министерства юстиции РФ от 8 июня 2005 года. Одной из основных задач этой структуры является оказание позитивного влияния на исправление осужденных. К формам самодеятельных организаций осужденных относятся совет коллектива осужденных отряда, совет коллектива осужденных учреждения и различных направлений секций. Деятельность секции дисциплины и порядка направлена на формирование у осужденных уважительного отношения к человеку, общественным нормам, правилам и традициям человеческого общежития; созданию в учреждении (отряде) здорового морально-этического климата; воспитание осужденных в духе соблюдения законности, стимулирование правопослушного поведения. В соответствии с п. 33 «Положения о порядке формирования и деятельности самодеятельных организаций, осужденных в исправительных учреждениях Федеральной службы исполнения наказаний», члены секции дисциплины и порядка проводят рейды, а также беседы с лицами, допускающими нарушения установленного порядка отбывания наказания¹. Эффективность такого рода исправительного воздействия состоит в том, что оно исходит от самих осужденных. Членом самодеятельной организации может стать любой осужденный. Для этого необходимо желание самого лица принимать участие в деятельности указанной структуры. Члены самодеятельных организаций должны соблюдать порядок и условия отбывания лишения свободы, предусмотренные уголовно-исполнительным законодательством. В противном случае лица, допустившие злостное нарушение установленного порядка отбывания наказания, решением совета коллектива учреждения (отряда) выводятся из состава самодеятельных организаций. Психолог учреждения оказывает консультативную помощь администрации в подборе актива осужденных в самодеятельные организации, в распределении обязанностей между ее членами, осуществляет их психологическую поддержку. Так как психолог сам выступает субъектом проведения исправительного воздействия на осужденных, то объединение усилий с участниками секции дисциплины и порядка в этом направ-

¹ См.: Российская газета. 2005. 1 июля.

лении делает эту работу еще более эффективной. В дальнейшем эта деятельность анализируется отделами по воспитательной работе с осужденными исправительного учреждения, обобщается и при наличии положительных моментов в работе самодеятельных организаций их опыт распространяется в других учреждениях.

Мы провели анализ отдельных обстоятельств, влияющих на исправление осужденных. У каждого из субъектов свое направление влияния на процесс формирования у осужденных уважительного отношения к нормам и правилам поведения в обществе. Главными критериями, по нашему мнению, в эффективности этой деятельности являются ее детальная правовая регламентация, хорошая материальная база и обмен положительным опытом среди органов и учреждений уголовно-исполнительной системы.

К ВОПРОСУ ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ДОКАЗЫВАНИИ

*Шамардин А.А. -
к.ю.н., доцент кафедры уголовно-процессуального права
и криминалистики*

Вопрос об использовании результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовно-процессуальном доказывании всегда вызывал и продолжает вызвать активные дискуссии в науке и на практике. И это не случайно, т.к. оперативно-розыскная деятельность¹, безусловно, имеет большое значение в вопросах выявления и раскрытия преступлений, являясь, наряду с предварительным расследованием, одним из методов государственно-правовой деятельности по защите общества и личности от преступлений. Однако при этом важно понимать принципиальные отличия правовой природы оперативно-розыскной деятельности от уголовного судопроизводства.

В ряде учебников по курсу «Правоохранительные органы» традиционно используется термин «выявление и расследование преступлений» для объединения в рамках одного направления правоохранительной деятельности как оператив-

¹ Далее - ОРД.

но-розыскной деятельности, так и предварительного расследования уголовных дел. Данная позиция представляется весьма спорной.

Предварительное расследование в рамках досудебного производства по уголовному делу является процессуальной деятельностью, осуществляется в рамках процессуальной формы, установленной Уголовно-процессуальным кодексом РФ¹. Предварительное расследование входит в понятие «уголовное судопроизводство», под которым п. 56 ст. 5 УПК РФ понимает досудебное и судебное производство по уголовному делу. Соответственно, предварительное расследование преследует те же цели, что и уголовный процесс в целом, - защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а также защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. На предварительное расследование распространяются демократические принципы правосудия, установленные Конституцией РФ и главой 2 УПК РФ, в частности, такие как состязательность и равноправие сторон, презумпция невиновности, обеспечение права на защиту, свобода оценки доказательств и другие. Результаты проведенных в соответствии с законом следственных и иных процессуальных действий являются доказательствами по уголовному делу с момента их получения.

В свою очередь оперативно-розыскная деятельность не является процессуальной и осуществляется в соответствии с Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности», который устанавливает лишь основные требования к проведению оперативно-розыскных мероприятий, но не содержит норм, детально регулирующих порядок производства оперативно-розыскных мероприятий. Более того, средства и методы, используемые в оперативно-розыскной деятельности, тактические приемы ее осуществления содержатся в ведомственных документах и являются сведениями, составляющими государственную тайну. Согласно ст. 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», «сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные

¹ Далее - УПК.

преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность». Это вполне обоснованно, т.к. в основу оперативно-розыскной деятельности положен принцип конспирации, то есть широкое использование негласных методов работы, в отличие от предварительного расследования, где лицу официально от имени государства предъявляется обвинение, участникам процесса разъясняются их права, в том числе на участие в производстве следственных действий и т.п.

Оперативно-розыскная деятельность существенно отличается от уголовного судопроизводства также по ограниченности прав лиц, в отношении которых такие мероприятия проводятся, отсутствию гарантий, характерных для уголовно-процессуальной формы.

Главное отличие ОРД и предварительного расследования заключается в их назначении. Если целью предварительного расследования является установление обстоятельств, входящих в предмет доказывания, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела с помощью доказательств, то предназначение ОРД состоит в выявлении, предупреждении, пресечении и раскрытии преступлений, выявлении и установлении лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, розыске лиц, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших.

Таким образом, оперативно-розыскная деятельность и предварительное следствие имеют различную юридическую природу и нормативно-правовую базу регулирования, что не позволяет признать их единым направлением правоохранительной деятельности.

Очевидно, что именно ОРД содержит куда большую угрозу нарушения или ограничения прав человека, чем уголовное судопроизводство. В этой связи оперативно-розыскные мероприятия не должны подменять собой следственные и иные уголовно-процессуальные действия, каким бы удобным это не было для правоохранительных органов.

Согласно ст. 89 УПК, результаты оперативно-розыскной деятельности запрещено использовать в процессе доказывания, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам уголовно-процессуальным законом. Иначе говоря, если они не получены и приобщены к делу в процессуальном порядке, установленном УПК. В ч. 2 ст. 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» указано, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств.

В этой связи возникает вопрос, а могут ли в принципе результаты ОРД отвечать требованиям, предъявляемым к доказательствам уголовно-процессуальным законом? Ответ может быть только одним - нет, не могут, и прежде всего потому, что не отвечают основным критериям допустимости доказательств, прежде всего, таким, как надлежащий субъект и надлежащий способ получения доказательств.

Субъекты, наделенные правом собирания доказательств исчерпывающим образом перечислены в частях 1 и 3 ст. 86 УПК. Иные же лица, в том числе, сотрудники правоохранительных органов, уполномоченные на производство оперативно-розыскных мероприятий, а также руководители органов, осуществляющих ОРД, могут лишь представлять предметы и документы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. При этом, если речь идет о дознавателях, то ч. 2 ст. 41 УПК специально подчеркивает, что «не допускается возложение полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия». Еще в Концепции судебной реформы было указано на недопустимость сращивания розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, различных по своей природе и целям¹.

Не представляется возможным согласиться с авторами, призывающими придать результатам ОРД статус процессуаль-

¹ См.: Концепция судебной реформы в РСФСР. - М.: Республика, 1992. С. 22, 90.

ных доказательств¹. В этом случае различия между уголовно-процессуальной и административно-полицейской деятельностью нивелируются, уголовный процесс теряет свою сущность - уголовно-процессуальную форму, то есть то, что отличает его от иных видов государственной деятельности. Если мы стремимся построить правовое, а не полицейское государство, то нужно повышать стандарты доказывания, а не открывать путь для осуждения лица на основе агентурных данных, полученных вне каких-либо процессуальных гарантий прав личности, прежде всего, права на защиту. Верно отмечает Е.А. Доля, что «в рамках оперативно-розыскной деятельности формируются результаты ОРД (сведения, имеющие значение для данной деятельности), но не уголовно-процессуальные доказательства. Уголовно-процессуальное содержание (доказательств) может формироваться только в уголовно-процессуальной форме. Каждому содержанию соответствует своя форма и, наоборот, каждой форме соответствует свое содержание. По этой причине уголовно-процессуальную форму привести в соответствие с оперативно-розыскной формой невозможно».

Принципиальное отличие результатов ОРД от результатов следственных, судебных и иных процессуальных действий, связанных с получением доказательств, состоит в том, что сами по себе результаты ОРД не являются доказательствами с момента их получения. Совершенно обоснованно в этой связи В. Зажицким была предложена формулировка нормы, подлежащей включению в текст проекта УПК: «Результаты оперативно-розыскной деятельности не являются доказательствами по уголовному делу. Они не могут использоваться для доказывания обстоятельств, перечисленных в ст. 72 настоящего Кодекса, а также положены в основу обвинения конкретного лица в совершении преступления».

Результаты ОРД могут использоваться лишь для формирования уголовно-процессуальных доказательств. Например, основой для формирования доказательств в уголовном процессе могут явиться результаты непосредственного восприятия в условиях проведенного оперативно-розыскного мероп-

¹ См., например: Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. - М.: Юрид. лит., 1991. С. 67; Зинатулин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учебное пособие. - Ижевск, 1993. С. 103; Лупинская П.А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств. // Российская юстиция, 1994. №11; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. - 1995. С. 9; Бозров В. Результатам оперативно-розыскной деятельности - статус доказательств в уголовном процессе. // Российская юстиция. 2004. №4.

рия обстоятельства, входящих в предмет доказывания по уголовному делу, лицом, оказывавшим конфиденциальное содействие органам, осуществляющим ОРД. С этой целью сведения о данном лице, его участии в соответствующем оперативно-розыскном мероприятии в установленном порядке должны быть представлены дознавателю, следователю, прокурору или в суд. После этого указанное лицо может быть допрошено в качестве свидетеля. На допросе свидетель в установленном порядке сообщит сведения о воспринятых им в рамках оперативно-розыскного мероприятия фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, которые образуют содержание исходящего от него доказательства - показания свидетеля. Однако это уже другие данные - полученные при производстве по уголовному делу, а не те, которые указанное лицо сообщило ранее оперативному работнику в рамках оперативно-розыскной деятельности¹.

Исключение может быть сделано, во-первых, для предметов, которые при определенных условиях способны непосредственно стать вещественными доказательствами после их собирания и проверки в уголовно-процессуальном порядке, и, во-вторых, для некоторых документов, полученных в результате отдельных оперативно-розыскных мероприятий. Об этом подробнее будет сказано ниже. Таким образом, в рамках действующего правового регулирования лишь предметы и документы, полученные в результате проведения ОРД, могут быть легализованы в уголовном процессе непосредственно в качестве доказательств путем их осмотра и приобщения к уголовному делу.

Результаты ОРД отражаются в оперативно-служебных документах, к которым могут прилагаться предметы и документы, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий. Результаты ОРД могут быть также зафиксированы на материальных (физических) носителях информации (фонограммах, видеокассетах, кинолентах, фотопленках, фотоснимках, магнитных, лазерных дисках, слепках и т.п.).

Порядок представления результатов оперативно-розыскной деятельности органам, ведущим уголовный процесс, регулируется Инструкцией от 17 апреля 2007 г. о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности

¹ См.: Доля Е.А. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ. Научно-практическая конференция "Правовая и криминалистическая оценки нового УПК РФ". // Государство и право. 2002. №10. С. 113.

дознанию, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, утвержденной совместным приказом МВД РФ, ФСБ РФ, Федеральной службы охраны РФ, Федеральной таможенной службы, Службы внешней разведки РФ, Федеральной службы исполнения наказаний, Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков и Минобороны РФ от №368/185/164/481/32/184/97/147.

В п. 21 данной инструкции вполне удачно сформулировано, что результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства. Таким образом, в основу указанной Инструкции положена концепция, согласно которой результаты ОРД могут служить основой для формирования доказательств, создавать условия и предпосылки для их установления. Результаты ОРД в тексте Инструкции отнюдь не приравниваются по своей форме и правовому значению к доказательствам, полученным процессуальным путем.

Органу дознания, следователю, прокурору или в суд представляются те результаты ОРД, которые могут:

- служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела;
- быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий;
- использоваться в доказывании по уголовным делам.

Результаты ОРД могут представляться по инициативе органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, либо при выполнении отдельных поручений органа дознания, следователя, указания прокурора или определения суда по уголовным делам, находящимся в их производстве.

Указанная Инструкция устанавливает различные требования к содержанию результатов ОРД в зависимости от цели их предоставления органам, осуществляющим производство по уголовному делу.

Так, результаты ОРД, представляемые для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, должны содержать достаточные данные, указывающие на признаки преступления, а именно, сведения о том, где, когда, какие признаки и какого именно преступления обнаружены, при каких обстоятельствах имело место обнаружение признаков преступления, сведения о лице (лицах), его совершившем (если оно извест-

но), очевидцах преступления (если они известны), о местонахождении следов преступления, документов и предметов, которые могут стать вещественными доказательствами, о любых других фактах и обстоятельствах, имеющих значение для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

Результаты ОРД, представляемые для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, должны содержать сведения о лицах, скрывающихся от органов расследования и суда, о возможных источниках доказательств, лицах, которым известны обстоятельства и факты, имеющие значение для уголовного дела, о местонахождении орудий и средств совершения преступления, денег и ценностей, нажитых преступным путем, предметах и документах, связанных с обстоятельствами предмета доказывания, и о других фактах и обстоятельствах, позволяющих определить объем и последовательность проведения следственных действий, выбрать наиболее эффективную тактику их производства, выработать оптимальную методику расследования по конкретному уголовному делу.

Результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом и к соответствующим видам доказательств, содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на оперативно-розыскные мероприятия, при проведении которых получены предполагаемые доказательства, а также данные, позволяющие проверить в условиях уголовного судопроизводства доказательства, сформированные на их основе.

Представление результатов оперативно-розыскной деятельности включает в себя:

- вынесение руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд;

- вынесение при необходимости постановления о рассекречивании отдельных оперативно-служебных документов, содержащих государственную тайну;

- оформление сопроводительных документов и фактическую передачу материалов (пересылка по почте, передача с нарочным и т.п.).

В каждом конкретном случае возможность представления результатов оперативно-розыскной деятельности, содержащих сведения об организации и тактике проведения оперативно-технических мероприятий, используемых технических средствах, штатных негласных сотрудниках оперативно-технических и оперативно-поисковых подразделений, должна в обязательном порядке согласовываться с исполнителями соответствующих мероприятий.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут представляться в виде рапорта об обнаружении признаков преступления или сообщения о результатах оперативно-розыскной деятельности.

Рассмотрим некоторые варианты использования результатов ОРД в доказывании при получении относящихся к уголовному делу сведений в рамках указанных мероприятий.

Если такие сведения были получены посредством негласного опроса лиц, оказывающих на конфиденциальной основе содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, либо непосредственного наблюдения обстоятельств, имеющих значение для дела, этими лицами или оперативными сотрудниками, они могут послужить основой для получения показаний свидетелей либо показаний подозреваемых или обвиняемых - участников преступных групп, согласившихся оказывать содействие оперативным органам. Однако подобный способ легализации оперативно-розыскных данных имеет ограниченные возможности, поскольку согласно ч. 1 ст. 12 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, составляют государственную тайну. Предание гласности сведений о названных лицах допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами. Представленные оперативными органами материалы, в которых информация, полученная от подобных лиц, в целях сохранения конспирации излагается без ссылки на первоисточник, не могут служить доказательствами, даже если подлинность сведений удостоверяет руководитель соответствующего оперативного подразделения. Результаты наблюдения могут фиксироваться в протоколе этого оперативно-розыскного мероприятия, если оно проводилось непосред-

ственно сотрудниками оперативного органа. Такой документ не является процессуальным протоколом в смысле ст. 83 УПК и может быть введен в уголовное судопроизводство только в качестве иного документа (ст. 84 УПК). При этом он должен быть удостоверен сотрудниками, проводившими наблюдение, в нем указываются использованные при наблюдении технические средства, с описанием условий применения и технических характеристик последних.

Наведение справок, то есть получение от органов государственной власти, местного самоуправления, организаций официальных документов (например, справок, содержащих сведения о судимости подозреваемого, об имевшемся у него оружии, о месте его проживания, состоянии здоровья и т.д.), также может привести к получению доказательств, подпадающих под определение иных документов.

Сбор образцов для сравнительного исследования как оперативно-розыскное мероприятие не следует смешивать с процессуальным действием, имеющим аналогичное наименование (ст. 202 УПК), а тем более подменять им последнее. Процессуальное получение образцов производится либо по постановлению следователя, либо (если оно является частью судебной экспертизы) экспертом. Образцы, собранные оперативно-розыскным путем, могут служить лишь для оперативно-розыскного исследования предметов и документов либо имеют ориентирующее значение для следователя, но сами доказательствами не являются.

Проверочная закупка проводится путем приобретения у объекта оперативно-розыскной деятельности предметов и веществ, подтверждающих факт правонарушения. Ее предметом могут быть вещи, как находящиеся в гражданском обороте, так и ограниченные или изъятые из него (наркотики, оружие и т.п.). Данное действие проводится на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. В результате проверочной закупки получают предметы и вещества, которые могут стать вещественными доказательствами при условии их осмотра органом дознания или следователем и приобщения к материалам уголовного дела путем вынесения соответствующего постановления (ч. 2 ст. 81 УПК). Для введения таких предметов в процесс в качестве вещественных доказательств необходимо также достоверно знать и зафиксировать происхождение соответствующих вещей и обстоятель-

ства их обнаружения. Это может осуществляться посредством допроса лиц, обнаруживших эти вещи, либо представивших их добровольно. Иногда на практике составляется документ, именуемый «актом (протоколом) добровольной выдачи». Следует, однако, иметь в виду, что уголовно-процессуальный закон не знает такого вида доказательства, которое чаще всего фактически является не иным документом, как может показаться на первый взгляд, а суррогатом протокола выемки, производимой к тому же до возбуждения уголовного дела, без вынесения соответствующего постановления, и потому незаконной.

Сказанное справедливо и для введения в уголовный процесс в качестве доказательств предметов, полученных при проведении таких оперативно-розыскных мероприятий, как оперативный эксперимент, оперативное внедрение и контролируемая поставка.

Материалы, полученные в результате оперативно-розыскной звукозаписи, видеозаписи, фотосъемки, прослушивания телефонных и иных переговоров, могут стать основой для формирования вещественных доказательств. Пункт 3 ч. 1 ст. 81 УПК относит к вещественным доказательствам также и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела. В отличие от иных документов, такие материалы незаменимы, поскольку не только несут в себе информацию о непосредственно записанном на пленке или изображенном на фотографии, но теснейшим образом связаны также с обстоятельствами их получения, которые имеют значение доказательственных фактов. Иные же документы обычно содержат сведения справочного и удостоверительного характера, касающиеся определенных событий, процессов, конкретных лиц, но не сведения о расследуемом преступлении. Для приобщения к уголовному делу в качестве вещественного доказательства такие материалы должны быть осмотрены с участием понятых (включая прослушивание и фиксацию их содержания в протоколе следственного действия). «В ходе осмотра в результате слухового и зрительного восприятия информации, запечатленной на кассетах, в сознании следователя (и понятых) будут сформированы чувственные образы тех фактов и обстоятельств, которые были зафиксированы на кассетах. Из них следователь выберет только те, которые имеют значение для уголовного дела. Сведения о них он отразит в протоколе

осмотра данных кассет, и именно они образуют содержание вещественного доказательства»¹. При необходимости указанные материалы могут быть проверены посредством судебной экспертизы и, в случае констатации их допустимости и относимости, приобщены к делу постановлением об этом.

Важное значение имеет вопрос: могут ли нарушения правового режима собирания оперативно-розыскных данных, установленные Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности», повлечь за собой недопустимость сформированных на их основе доказательств? В ст. 75 УПК недопустимость связывается лишь с нарушениями самого Кодекса, поэтому при буквальном толковании указанной статьи нарушения оперативно-розыскного закона в расчет вроде бы не принимаются. Однако такой подход противоречит ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, в которой недопустимость доказательств ставится в зависимость от нарушения при их получении любого федерального закона, в том числе и Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Поэтому доказательства, полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий, проведенных с существенными нарушениями названного закона, должны признаваться недопустимыми. Иное создавало бы возможность, формально не нарушая уголовно-процессуальных норм, в обход их, вовлекать в орбиту уголовного судопроизводства предметы и сведения, добытые в нарушение конституционных прав личности.

Условием допустимости полученных в результате оперативно-розыскных мероприятий доказательств является соблюдение в первую очередь следующих принципиальных требований Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»:

- в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий могут использоваться только такие технические и иные средства, которые не наносят ущерб жизни и здоровью людей и не причиняют вред окружающей среде (ч. 3 ст. 6);

- запрещается проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то законом физическими и юридическими лицами (ч. 5 ст. 6);

¹ Доля Е.А. Результатам оперативно-розыскной деятельности нельзя придавать статус доказательств в уголовном процессе. // Российская юстиция. 2007. №6.

- проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается лишь на основании судебного решения. В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности РФ, допускается проведение указанных оперативно-розыскных мероприятий на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение (ч. 2 ст. 8 Закона об ОРД). Что касается прослушивания телефонных и иных переговоров, то Закон об ОРД специально указывает, что это мероприятие допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях;

- проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ч. 5 ст. 8 Закона);

- проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия тяжкого преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших (ч. 6 ст. 8);

- при проведении оперативно-розыскных мероприятий по основаниям, предусмотренным пунктами 1-4 и 6 ч. 2 ст. 7 данного Закона (в частности, при наличии признаков проти-

воправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела), запрещается проводить: обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи (ч. 7 ст. 8);

- предание гласности сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами (ч. 2 ст. 12).

Нарушение названных условий делает недопустимыми все полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий доказательства. Например, вторжение сотрудников оперативного подразделения в жилище против воли проживающих в нем лиц без судебного решения или (в неотложных случаях) без последующего уведомления и получения решения суда при проведении проверочной закупки или оперативного эксперимента с целью изъятия наркотиков, оружия и т.п., лишает доказательственной силы, полученные таким путем вещественные доказательства, показания свидетелей-очевидцев подобного изъятия, сделанную при этом видеозапись, заключение эксперта.

Недопустимы провоцирующие действия сотрудников оперативных служб и лиц, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, подталкивающие лицо к совершению преступления (например, уговоры приобрести наркотик для лица, привлеченного сотрудниками милиции к участию в оперативном эксперименте, обещание «угостить» наркозависимое лицо приобретенным таким образом наркотиком, навязывание взятки должностному лицу и т.п.). Подобные действия игнорируют задачу предупреждения и пресечения преступлений (ст. 2 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»), подменяя ее незаконным (а иногда даже уголовно-противоправным) склонением к совершению преступления, поэтому полученные в результате такого рода акций данные не могут служить доказательствами по делу.

НОВЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В СУДЕ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ

*Шмелева Е.С. -
преподаватель кафедры уголовно-процессуального права
и криминалистики*

Ч. 5 ст. 365 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации 2001 г.¹ гласит: «Стороны вправе заявить ходатайство о вызове новых свидетелей, производстве судебной экспертизы, об истребовании вещественных доказательств и документов, в исследовании которых им было отказано судом первой инстанции. Разрешение заявленного ходатайства производится в порядке, установленном статьей 271 настоящего Кодекса². При этом суд апелляционной инстанции не вправе отказать в удовлетворении ходатайства на том основании, что оно не было удовлетворено судом первой инстанции». Подобная формулировка не нова для российского уголовно-процессуального законодательства, ее содержала ч. 4 ст. 492 УПК РСФСР 1960 года.³ Похожие формулировки встречаются и в проектах УПК РФ.⁴

Формальное толкование начального предложения ч. 5 ст. 365 УПК РФ свидетельствует о том, что заявить ходатайство об исследовании новых доказательств возможно лишь при условии предварительного обращения с подобной просьбой к суду первой инстанции и в случае его отказа в ее удовлетворении⁵. Не оспаривают данное положение и некоторые процессуалисты⁶.

Может быть, поэтому одним из характерных признаков схемы пересмотра судебных решений, действующей во многих государствах, является ограниченное использование новых материалов⁷.

¹ Далее УПК РФ.

² Думается, в данном случае не следует исключать и действие Главы 15 УПК РФ «Ходатайства», так как образующие ее нормы являются общими положениями, регулирующими вопрос о ходатайствах в уголовном процессе.

³ См.: ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» от 7 августа 2000 г. №119-ФЗ. Российская газета. 10 августа 2000 г. С. 13-14.

⁴ См.: Проект УПК РФ Министерства юстиции РФ (ч. 5 ст. 397). - М. С. 200; Проект УПК РФ (ч. 5 ст. 413). // Юридический вестник. 1995. №31 (122). С. 23.

⁵ См.: Разинкина А.Н. Апелляция в уголовном судопроизводстве. - М.: Издательство «Юрлитинформ», 2004. С. 123.

⁶ См.: Комментарий к УПК РФ. / Под ред. А.Я. Сухарева. - М., 2002. С. 365.

⁷ См.: Волколуп О.В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. - СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. С. 180.

Применяя грамматическое толкование, думается, возможно сделать и несколько иной вывод: допустимо вызывать новых свидетелей и производить судебную экспертизу независимо от того, заявлялись ли ходатайства об этом в суде первой инстанции. Однако истребовать вещественные доказательства и документы можно лишь, если ходатайства об этом суд первой инстанции отклонил. Нам представляется, что каким бы ни было неофициальное толкование рассматриваемого положения ч. 5 ст. 365 УПК РФ, следует присоединиться к ученым, склоняющимся к односторонности и однобокости формулировки первого предложения ч. 5 ст. 365, тем более, что таких ученых большинство.

В главе 44 УПК РФ «Апелляционный порядок рассмотрения уголовного дела» ничего не говорится о разрешении ходатайств, касающихся новых доказательств, не заявлявшихся до этого у мирового судьи. По мнению Н.В. Сидоровой, в этом случае районному судье следует руководствоваться ст. 271 УПК РФ «Заявление и разрешение ходатайств» Главы 36 УПК РФ.¹ Ее положения распространяются и на апелляционную процедуру пересмотра (ч. 1 ст. 365 УПК РФ). И.Б. Михайловская также уверена в том, что в вышестоящем суде сторона может повторить ходатайство, в удовлетворении которого было отказано мировым судьей, а также заявить абсолютно новое ходатайство². Критикует указанное нами положение закона и О.В. Волколуп, считая, что оно необоснованно сужает полномочия заинтересованных лиц обосновать свои требования. По мысли автора, стороны вправе ходатайствовать о приобщении к делу любых, имеющихся в их распоряжении, доказательств³. А.Н. Разинкина согласна с таким подходом. По ее мнению, ч. 3 ст. 363 УПК РФ не содержит оговорки относительно характера новых доказательств: заявлялось ли ходатайство об их исследовании перед лицом мирового судьи или же по тем или иным причинам такого ходатайства не было⁴. Мысль о расширении объема заявляемых ходатайств о вызове новых свидетелей, производстве судебной экспертизы, об истребовании вещественных доказательств и документов развивает и Н.Н. Ковтун: «Стороны также могут ходатайствовать

¹ См.: Сидорова Н.В. Апелляция в системе производств в суде второй инстанции в уголовном процессе России. - Томск: Изд-во НТЛ, 2006. С. 146.

² См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под ред. И.Л. Петрухина. - М.: ООО "ТК Велби", 2002. С. 450.

³ См.: Волколуп О.В. Указ. соч. С. 189-190.

⁴ См.: Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 123.

о дополнении материалов такими доказательствами, о которых в суде первой... инстанции вопрос вообще не ставился»¹. В отличие от А.Н. Разинкиной, автор уверен в том, что в ч. 3 ст. 363 УПК РФ речь идет именно о тех доказательствах, вопрос об исследовании которых в суде первой инстанции вообще не поднимался. При этом стороны должны представить подтверждение невозможности предъявления таких доказательств мировому судье. Это должно исключить преднамеренное их сокрытие с целью добиться благоприятного для себя судебного решения².

Что касается наших приоритетов относительно поднятой проблемы, то мы выражаем поддержку всем вышеперечисленным авторам. Думается, развитие научной мысли идет в верном направлении: не следует «связывать руки» сторонам при отстаивании ими своих интересов в вышестоящем (апелляционном) суде, устанавливая границы для предоставления новой доказательственной базы³. Прислушаться к доктрине не мешало бы и законодателю, тем более, что им уже взят курс на расширение возможностей сторон по привлечению нового доказательственного материала. В памяти всплывает исключенная из Кодекса ч. 6 ст. 234 УПК РФ⁴.

Второе предложение анализируемой нами ч. 5 ст. 365 УПК РФ предписывает, в каком порядке разрешается заявленное сторонами ходатайство об исследовании новых доказательств. Данное предписание укладывается в рамки ч. 1 ст. 365 УПК РФ о производстве по уголовному делу в суде апелляционной

¹ Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: Монография. - Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2002. С. 277.

² См.: Ковтун Н.Н. Указ. соч. С. 271-272.

³ Хотелось бы отметить, что еще в советской литературе в отношении дополнительных (новых) материалов оговаривалось, что «право сторон представлять кассационной инстанции новые материалы ни в какой мере не поставлено в зависимость от предварительного заявления ходатайства суду первой инстанции - сторона могла не представить и не указать суду первой инстанции данных материалов потому, что она не знала тогда о них, или не придавала им значения, или просто упустила это сделать. Это не лишает сторону права представить эти материалы кассационной инстанции, и последняя не может их не принять под тем предлогом, что сторона не представила и не указала их своевременно суду первой инстанции». Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров. - М.: Изд-во Академии наук СССР, 1956. С. 185.

⁴ См.: ФЗ от 3 июня 2006 г. №72-ФЗ «О признании утратившей силу части шестой статьи 234 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». ИС «Кодекс». Напомним еще, что до принятия данного нормативно-правового акта ч. 6 ст. 234 УПК РФ была критично оценена Конституционным Судом РФ. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. №13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы». СПС Гарант. Гарант 5.5.

инстанции по правилам Глав 35–39 Кодекса. Ст. 271 УПК РФ как раз включена в Главу 36 УПК РФ. Согласно ч. 2 данной нормы, суд должен рассмотреть каждое заявленное ходатайство и принять по нему решение. Ч. 4 указанной статьи еще более категорична: если поступило ходатайство о допросе лица, приглашенного в суд сторонами, в качестве свидетеля или специалиста, то суду не остается ничего другого, кроме как допросить его в силу императивного требования закона об этом. Оказывается, что, следуя ст. 271 УПК РФ, районный судья должен удовлетворить любое ходатайство, так или иначе связанное с новыми доказательствами (см. второе предложение ч. 5 ст. 365 УПК РФ). Но, в то же самое время, другое положение уголовно-процессуального закона сужает круг ходатайств, на которые распространяется данное требование (см. первое предложение ч. 5 ст. 365 УПК РФ). Думается, имеет место соотношение ст. 271 УПК РФ и ч. 5 ст. 365 УПК РФ, как общей и специальной норм. В таком случае ч. 5 ст. 365 УПК РФ уточняет, детализирует, конкретизирует помещенные в ст. 271 УПК РФ правила разрешения заявленных сторонами ходатайств применительно к условиям апелляционного порядка рассмотрения уголовного дела. Кстати, данное положение отвечает предписанию ч. 1 ст. 365 УПК РФ об особенностях апелляционного судебного следствия, предусмотренных для него законодателем и «перекрывающих» в некоторых случаях действие общих правил производства данной структурной составляющей судебного заседания. Думается, «замена» общей нормы специальной наблюдается и в нашем случае.

Наконец, последнее, третье, предложение ч. 5 ст. 365 УПК РФ не вызывает никаких нареканий и возражений. Невозможность суда апелляционной инстанции отказать в удовлетворении ходатайства по причине отказа в его удовлетворении мировым судьей всецело отвечает сущности и предназначению апелляционного производства.

Есть еще один, небезынтересный аспект, связанный с исследованием новых доказательств в апелляционной инстанции. Чем отличаются они от упоминаемых в ст. 377 УПК РФ «Порядок рассмотрения уголовного дела судом кассационной инстанции» дополнительных материалов и новых материалов, о которых говорится в ч. 3 ст. 363 УПК РФ?

Обращение к Главе 28 УПК РСФСР 1960 г. «Рассмотрение дел по кассационной жалобе и протесту» показывает, что в ст. 332 говорилось о дополнительно представленных мате-

риалах. «Дополнительные материалы» охватывались и содержанием ст. 377, хотя в названии данной статьи использовалось словосочетание «новые материалы». Видимо, поэтому в советской литературе, посвященной кассационной проверке судебных решений, употреблялся и тот, и другой термин¹. В современном законодательстве они четко отделены друг от друга, о чем свидетельствует их употребление в разных главах Кодекса, посвященных разным порядкам рассмотрения уголовных дел (см. ст. 377 Главы 45 и ст. 363 Главы 44 УПК РФ). Несмотря на это, думается, разницы в содержании понятий, обозначаемых этими терминами, нет никакой. В качестве подтверждения нашего предположения обратимся к советским источникам, подробно раскрывавшим, что же могло выступать в качестве дополнительных (новых) материалов.

Так, М.С. Строгович указывал, что «под такими материалами следует иметь в виду всякие письменные материалы - документы, справки, выписки, служебные характеристики и т.п. Документы эти могут иметь как должностной, официальный характер и исходить от государственных и общественных учреждений, предприятий, организаций, так и личный, частный характер и исходить от отдельных лиц, граждан»². Документами государственного характера признавались, например, «...официальные документы, удостоверяющие факт смерти осужденного после подачи им кассационной жалобы, недопостижение осужденным возраста уголовной ответственности и т.п. ...»³. А.М. Левин писал, что дополнительными (новыми) являются «...материалы, восполняющие представление суда о «лице» подсудимого. Это производственные и иные характеристики, сведения о наградах, о составе семьи, о болезни подсудимого или его близких и т.п. ...Материалы, которые могут иметь значение для оспаривания имеющихся в деле доказательств вины или степени вины подсудимого. Это

¹ См.: Строгович М.С. Указ. соч. С. 184-191; Левин А.М., Огнев П.А., Россель В.Л. Защитник в советском суде (пособие для адвокатов). / Под ред. Л.Н. Смирнова. - М.: "Государственное изд-во юридической литературы", 1960. С. 285-288; Гинзбург Г.А., Поляк А.Г., Самсонов В.А. Советский адвокат. - М.: Изд-во "Юридическая литература", 1968. С. 163-165; Советский уголовный процесс: Учебник. / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. - М.: Юрид. лит., 1980. С. 432-433; Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1985. С. 225; Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. Изд-е второе, испр. и доп. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1988. С. 237.

² Строгович М.С. Указ. соч. С. 185.

³ Советский уголовный процесс: Учебник. / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. - М.: Юрид. лит., 1980. С. 433; Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1985. С. 225; Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. Изд-е второе, испр. и доп. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1988. С. 237.

самые разнообразные материалы: подлинные документы или их копии, справки разных учреждений, справки отдельных лиц и т.п.»¹. «Двойственную» направленность данных материалов отмечали и Г.А. Гинзбург, А.Г. Поляк, В.А. Самсонов, также указывая, что подобные «материалы... могут относиться как к существу дела, так и к личности осужденного и других лиц, допрошенных по делу»². То, что дополнительными (новыми) материалами «...чаще всего являются письменные материалы (справки, характеристики, больничные листы и т.д.)...»³, отмечал и И.В. Тыричев. Дополнительными (новыми) материалами могли быть и фотоснимки места происшествия⁴, вещественных доказательств, документов, лиц людей, представленные адвокатом⁵. Процессуалисты в один голос заявляли, что мнение специалиста, изложенное в письменном виде (его заключение, письменная консультация) также может быть представлено в кассационную инстанцию в качестве дополнительных (новых) материалов⁶. М.С. Строгович полагал, что нет никаких препятствий к тому, чтобы в качестве таковых принимались и заявления отдельных граждан об известных им обстоятельствах данного уголовного дела, представленные сторонами⁷.

Таким образом, советские процессуалисты оказались единомышленными в том, что самые разнообразные письменные материалы, могущие служить проверке правосудности приговора в кассационной инстанции, допустимо представлять в нее сторонам в качестве дополнительных (новых) материалов⁸. Материалами, представляемыми в кассационную инстанцию уже после вынесения приговора, признавали также предметы, вещи⁹.

В настоящее время Верховный Суд РФ раскрывает содержание данного термина, придерживаясь курса советских публикаций. Согласно п. 25 Постановления Пленума Верховного

¹ Левин А.М., Огнев П.А., Россельс В.Л. Указ. соч. С. 285.

² Гинзбург Г.А., Поляк А.Г., Самсонов В.А. Указ. соч. С. 164.

³ Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1985. С. 225; Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. Изд-е второе, испр. и доп. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1988. С. 237.

⁴ См.: Левин А.М., Огнев П.А., Россельс В.Л. Указ. соч. С. 285; Гинзбург Г.А., Поляк А.Г., Самсонов В.А. Указ. соч. С. 164-165.

⁵ См.: Гинзбург Г.А., Поляк А.Г., Самсонов В.А. Там же. С. 164.

⁶ См.: Строгович М.С. Указ. соч. С. 187-188; Гинзбург Г.А., Поляк А.Г., Самсонов В.А. Указ. соч. С. 165; Левин А.М., Огнев П.А., Россельс В.Л. Указ. соч. С. 285-286.

⁷ См.: Строгович М.С. Указ. соч. С. 188-189.

⁸ См.: Гродзинский М.М. Кассационное и надзорное производство в советском уголовном процессе. - М., Госюриздат, 1953. С. 46.

⁹ См.: Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1985. С. 225; Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. Изд-е второе, испр. и доп. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1988. С. 237.

Суда РФ от 5 марта 2004 г. №1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»¹, «к дополнительным материалам, представленным в кассационную инстанцию, следует относить характеристики, справки о наградах, инвалидности, копии вступивших в законную силу судебных решений, а также другие документы, если они получены в соответствии с процессуальным законодательством».

Обращаясь к современным печатным изданиям, мы также обнаруживаем, что представляемыми в апелляционную инстанцию «новыми материалами могут быть письменные документы как официального, так и частного характера»², «...любые предметы, документы, относящиеся к данному уголовному делу, не исследованные в суде первой инстанции...»³, «...справки, документы, характеристики и т.д., не являвшиеся предметом рассмотрения в суде первой инстанции»⁴.

Таким образом, напрашивается вывод об одинаковой природе дополнительных материалов, представляемых, согласно ст. 377 УПК РФ, в кассационную инстанцию, и новых, которыми может оперировать апелляционный суд, согласно ч. 3 ст. 363 и ч. 5 ст. 365 УПК РФ. Их содержание от названия (наименования, терминологического обозначения) не меняется. Как видится, допустимо использовать и тот, и другой термин применительно как к апелляционной, так и кассационной процедурам проверки судебных решений. Схематично представим это так: «новые материалы» = «дополнительные материалы». Так, например, В.Л. Головков, обращаясь к апелляционной инстанции, прибегает к термину «дополнительные материалы»⁵.

Каково же соотношение «новых (по-другому, дополнительных) материалов» с «новыми доказательствами»⁶, о которых пишут применительно к апелляционной инстанции?

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. №1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Консультант Плюс. Версия Проф.

² Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Апелляционное производство в российском уголовном процессе: Науч.-практ. пособие. / Под общ. ред. Л.Ф. Мартыняхина. - М.: Юрист, 2003. С. 33.

³ Сидорова Н.В. Указ. соч. С. 129.

⁴ Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 95.

⁵ См.: Головков В.Л. Ученые записки: Сборник научных трудов юридического факультета Оренбургского государственного университета. Выпуск 1. - Оренбург: РИК ГОУ ОГУ, 2004. С. 284.

⁶ См.: Сидорова Н.В. Указ. соч. С. 129; Дорошков В. Пересмотр решений мирового судьи по уголовным делам в апелляционном порядке. // Российская юстиция. 2002. №7. С. 39.

Так, В. Дорошков подчеркивает отличие апелляции от кассации по признаку того, что при кассационной форме обжалования судебных решений не исследуются новые доказательства¹. В свое время И.В. Тыричев также указывал, что новые (дополнительные) материалы, которые приходится оценивать кассационному суду, не являются доказательствами² по изучаемому им уголовному делу. Автор объяснял это тем, что данные материалы не только не проверялись на этапе расследования и первоначального рассмотрения уголовного дела, но и в этой стадии нет условий для их проверки, гарантирующих их «безупречность». Одним словом, указанные материалы так и остаются не обремененными в соответствующую процессуальную форму³.

Думается, в условиях апелляционной проверки приговоров (постановлений) есть все предпосылки для наделения новых (дополнительных) материалов статусом доказательств («новых доказательств»). Полагаем, что именно способ проверки судебных решений, применяемый при апелляционном разбирательстве уголовных дел, предоставляет такую возможность. Проверка решений мировых судей путем оглашения разного рода новых (дополнительных) письменных документов (ст. 240, ч. 1 ст. 365 УПК РФ) гарантирует отражение данного судебного действия в протоколе судебного заседания апелляционной инстанции (ст. 259, ч. 1 ст. 365, ст. 372 УПК РФ). Кроме того, ст. 286 УПК РФ свидетельствует о том, что представленные сторонами в судебное заседание (апелляционное в том числе, согласно ч. 1 ст. 365 УПК РФ) документы могут быть исследованы и приобщены к материалам уголовного дела постановлением районного судьи. Порядок такого исследования также определен законом (ст. 365 УПК РФ). Получается,

¹ См.: Дорошков В. Указ. соч. С. 39.

² Встречается в советской литературе и другое мнение. Так, А.М. Левин писал в свое время: «С точки зрения процессуальной представляемые материалы нельзя отнести к свидетельским показаниям, заключениям экспертов, вещественным доказательствам, протоколам осмотров. Такими источниками доказательств они становятся лишь тогда, когда их истребует следователь или суд первой инстанции. Дополнительные материалы, представленные участниками судебного разбирательства следует отнести к тем источникам доказательств, которые отнесены к «иным документам». Они являются процессуальными доказательствами, ибо иначе не были бы приобщены к делу. Суд рассматривает дело только на основании доказательств, проверенных в судебном заседании. Все, что не имеет значения доказательств, к делу не приобщается». Левин А.М., Огнев П.А., Россельс В.Л. Указ. соч. С. 285-286.

³ См.: Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. Изд-е второе, испр. и доп. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1988. - С. 237; Советский уголовный процесс: Учебник. / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской, И.В. Тыричева. - М.: Юрид. лит., 1980. С. 432-433.

что новые (дополнительные) материалы, исходящие от сторон, в апелляционной инстанции становятся доказательствами, так как соответствуют не только требованиям, предъявляемым к их содержанию, но и форме. Думается, недаром Л.Ф. Мартыняхин пишет по этому поводу: «Исследование представленных документов в судебном заседании может превратить их в судебные доказательства»¹. На основании представленных рассуждений позволим себе предположить, что применительно к апелляционному порядку рассмотрения уголовных дел (глава 44 УПК РФ) возможно употребление терминов «новые (дополнительные) материалы» и «новые доказательства» в равной степени. Для удобства восприятия отразим это положение в виде схемы: «новые (дополнительные) материалы» = «новые доказательства». Однако повторим еще раз, что представляют стороны в порядке главы 44 УПК РФ именно «материалы», которые становятся «доказательствами» лишь после их исследования и приобщения к уголовному делу.

Согласно ч. 5 ст. 365 УПК РФ, «стороны могут заявить ходатайство о вызове новых свидетелей...». В свете вышеприведенных рассуждений, полагаем, правильнее было бы говорить о новых лицах, подлежащих допросу в качестве свидетелей. Тут мы оказываемся солидарными с Н.В. Сидоровой². Данные лица, в случае удовлетворения судом ходатайства об их вызове, будут допрошены в зале суда по определенным правилам (ст.ст. 278, 280, ч. 1 ст. 365 УПК РФ), а их показания облечат в специально предусмотренную процессуальную форму - зафиксируют в протоколе судебного заседания по всем правилам его составления (ст.ст. 259, 372 УПК РФ). Так в деле появится новое доказательство - показания свидетеля (п. 2 ч. 2 ст. 74 УПК РФ).

Думается, по аналогии можно рассуждать и о предусмотренном ч. 5 ст. 365 УПК РФ праве сторон заявить ходатайство об истребовании вещественных доказательств. Полагаем, разумнее было бы говорить об истребовании предметов, имеющих отношение к уголовному делу, которые впоследствии, в результате их осмотра в зале суда (ст. 284 УПК РФ) и фиксации этого факта в протоколе судебного заседания (ст. 259 УПК РФ), станут вещественными доказательствами. Как мы ранее выяснили, предметы и документы охватываются понятием «новые (дополнительные) материалы».

¹ Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. С. 33.

² См.: Сидорова Н.В. Указ. соч. С. 130, 145.

Оговаривается рассматриваемой нами нормой и право сторон заявить ходатайство о производстве судебной экспертизы (ч. 5 ст. 365 УПК РФ). Таким образом, список новых (дополнительных) материалов может пополниться заключением эксперта (ч. 1 ст. 80 УПК РФ). Так как данное лицо, обладающее специальными знаниями (ч. 1 ст. 57 УПК РФ), может быть вызвано в апелляционную инстанцию для дачи показаний (ст. 282, ч. 1 ст. 365 УПК РФ), то кроме показаний свидетелей в уголовном деле, пересматриваемом апелляционным судом, могут быть и показания эксперта (ч. 2 ст. 80 УПК РФ).

Значит, новые доказательства - это новые (дополнительные) материалы и показания свидетелей, экспертов. Схематично выразим это так: «новые доказательства» = «новые (дополнительные) материалы» + «показания свидетелей, экспертов».

В ч. 3 ст. 363, ч. 5 ст. 365 УПК РФ ничего не говорится о заключении и показаниях специалиста, а ведь он может быть приглашен и допрошен в районном суде (п. 3 ч. 1 ст. 53, ч. 1 ст. 58, ч. 1 ст. 271 УПК РФ). Кстати, в свете наших рассуждений по поводу трактовки первого предложения ч. 5 ст. 365 УПК РФ получается, что в случае заявления сторонами ходатайства о вызове специалиста, оно может быть принято к рассмотрению районным судьей лишь в случае предшествующего этому обращения с подобной просьбой к мировому судье и при его отказе в удовлетворении данного ходатайства. Сообразно этому корректируем нашу схему: «новые доказательства» = «новые (дополнительные) материалы» + «показания свидетелей, экспертов, специалистов».

Недаром, предполагаем, законодатель пишет о новых материалах и ходатайствах о вызове в суд (думается, апелляционный)¹ указанных сторонами свидетелей и экспертов (ч. 3 ст. 363 УПК РФ). Позволим себе думать, что тем самым под-

¹ Ч. 3 ст. 363 УПК РФ гласит: «Сторона вправе в подтверждение оснований жалобы или представления либо возражений против жалобы или представления другой стороны представить в суд новые материалы или ходатайствовать о вызове в суд указанных ею свидетелей и экспертов». Законодатель не уточнил, о каком суде - первой или апелляционной инстанции - идет речь в данном случае. Мы склонны думать, что об апелляционном суде, ведь именно он будет оценивать новые доказательства и выносить решение, принимая или нет их в расчет. Подтверждение наших соображений мы обнаруживаем у В.Л. Головкова. Обращаясь к ст. 363 УПК РФ, автор пишет, что «нормы третьей части наделяют стороны правом представления в суд **апелляционной инстанции** новых доказательств в обоснование своих доводов по жалобе или в подтверждение поступивших от другой стороны возражений». Головков В.Л. Указ. соч. С. 283.

черкивается разница между апелляцией, в рамках которой возможно исследование не только письменных материалов (бумаг), и кассацией, для которой, наоборот, в первую очередь характерно исследование письменных, в том числе ранее не фигурировавших в деле, документов.

В современной юридической литературе применительно к апелляционной инстанции употребляется и другой термин - «дополнительные доказательства» - что в свете вышеприведенных рассуждений мы полагаем вполне допустимым. Поэтому, подводя итог нашему терминологическому разбору, представим его в следующей заключительной схеме: «новые (дополнительные) доказательства» = «новые (дополнительные) материалы» + «показания свидетелей, экспертов, специалистов».

Возникает еще один вопрос, касающийся новых доказательств. Дело в том, что ч. 5 ст. 365 УПК РФ предусматривает исключительное право сторон заявлять ходатайства об исследовании новых доказательств в ходе апелляционного судебного заседания. Может ли районный судья в ходе апелляционного судебного разбирательства по своей собственной инициативе затребовать те или иные документы, не изучавшиеся мировым судьей, или принять решение о производстве судебной экспертизы, вызове специалиста, приглашении в зал апелляционного суда свидетеля, допросить которых не было возможно в первой инстанции?

Возможность проявления районным судьей подобной инициативы отмечают А.А. Динер и Н.Н. Ковтун¹.

Мы, в свою очередь, солидарны с данными авторами. В качестве аргументов, объясняющих нашу приверженность их позиции, приведем мнения советских исследователей относительно подобной возможности кассационного суда истребовать дополнительные (новые) материалы в ходе рассмотрения уголовного дела по кассационной жалобе (протесту). Так, И.В. Тыричев высказывался довольно лаконично: «Новые материалы может затребовать и сама кассационная инстанция»². Кассационная инстанция не могла быть лишена такой возможности и по мнению М.С. Строговича. Автор объяснял это действием принципа публичности уголовного процесса³.

¹ См.: Динер А.А., Мартыняхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. С. 54; Ковтун Н.Н. Указ. соч. С. 274.

² Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1985. С. 225; Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. Изд-е второе, испр. и доп. / Под ред. И.В. Тыричева. - М., 1988. С. 237.

³ См.: Строгович М.С. Указ. соч. С. 186-187.

В наше время Н.Н. Ковтун объясняет такую возможность предназначением вышестоящего суда, контрольно-проверочный характер деятельности которого позволяет ему затребовать доказательства по собственной инициативе с целью разобраться в правоте аргументов сторон, а не для установления требуемых по закону обстоятельств дела¹.

Учитывая современные тенденции в области возбуждения, расследования, рассмотрения и разрешения уголовных дел, отраженные в новом «Основном законе», действующем в уголовно-процессуальной сфере, думается, что суд апелляционной инстанции может самостоятельно истребовать новые доказательства в силу действия принципа состязательности. Как видится, убеждать в его распространении на стадию апелляционного производства нет необходимости. Существует немало научных разработок о месте, роли, возможностях суда при осуществлении им правосудия в состязательном уголовном процессе². Через призму данных научных идей можно рассматривать и спектр полномочий апелляционного суда. Мы склонны полагать, что в состязательном уголовном процессе суд активен, но активность эта не должна выходить за рамки осуществляемой сегодня судом функции, обусловленной «очеловечиванием» уголовно-процессуального законодательства (ч.ч. 2, 3 ст. 15 УПК РФ)³. Аналогично этому, как видится, суд апелляционной инстанции может и сам запросить справки, характеристики и т.д., в исследовании которых было отказано мировым судьей. Однако делать это он может, не выходя за рамки требований о проверке правосудности приговора (постановления), изложенных сторонами в апелляционном отзыве (ч. 2 ст. 360 УПК РФ).

¹ См.: Ковтун Н.Н. Указ. соч. С. 274.

² См.: Ковтун Н.Н. О роли суда в доказывании по уголовным делам в свете конституционного принципа состязательности процесса. // Государство и право. 1998. №6. С. 59-63; Лукашевич В.З., Чичканов А.Б. Принцип состязательности и равноправия сторон в новом УПК РФ. // Правоведение. 2002. №2. С. 107-108; Смирнов В.П. Проблемы состязательности в науке российского уголовно-процессуального права. // Государство и право. 2001. №8. С. 57.

³ Так, например, Н.Н. Ковтун оговаривает, что «отрицать участие суда в собирании доказательств представляется вряд ли возможным». Ковтун Н.Н. О роли суда в доказывании по уголовным делам в свете конституционного принципа состязательности процесса. // Государство и право. 1998. №6. С. 61. В.З. Лукашевич, А.Б. Чичканов пишут, что «судебное разбирательство по новому УПК РФ, провозглашенное и сконструированное, безусловно, по принципу состязательности, не оставило суд в позиции наблюдателя спора между сторонами, ответственного только за вынесение формального приговора на основе доказательств, собранных и представленных исключительно сторонами». Лукашевич В.З., Чичканов А.Б. Указ. соч. С. 107.

Подобную возможность районного судьи в ходе апелляционного судебного заседания, как видится, можно обосновать, опираясь и на положения Кодекса, прописывающие процедуру судебного следствия в первой инстанции (ч. 1 ст. 365 УПК РФ). Так вот, ст. 283 УПК РФ «Производство судебной экспертизы» главы 37 УПК РФ «Судебное следствие» предусматривает назначение судом судебной экспертизы как по ходатайству сторон, так и по собственной его инициативе (ч. 1). Ст. 286 УПК РФ «Приобщение к материалам уголовного дела документов, представленных суду» этой же главы, несмотря на свое название, предусматривает истребование документов и судом.

СОВЕРШЕНИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ЛИЦОМ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ СВОЕГО СЛУЖЕБНОГО ПОЛОЖЕНИЯ

*Шнитенков А. В. -
доктор юридических наук,
доцент кафедры уголовного права и криминологии*

Признак использования своего служебного положения законодатель использует при конструировании как основных, так и квалифицированных составов уголовно наказуемых деяний. В действующем Уголовном кодексе Российской Федерации (далее - УК РФ) данный признак включен в 4 основных, 18 квалифицированных и 13 особо квалифицированных составов преступлений. При этом анализ таких составов преступлений, разъяснений, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, и судебной практики свидетельствует о неоднозначном толковании названного признака.

Так, даже члены авторского коллектива, подготовившего один из комментариев к УК РФ, предлагают различным образом трактовать рассматриваемое понятие. По мнению Г.Н. Борзенкова, применительно к ч. 2 ст. 137 УК РФ таким субъектом может признаваться «...должностное лицо либо служащий государственного или муниципального учреждения, использующий для совершения преступления свое служебное положение»¹.

¹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. / Отв. ред. В.М. Лебедев. - М.: «Юрайт», 2007.

В.И. Радченко в комментарии к ст. 205.1. УК РФ указывает: «Субъектом преступления, предусмотренного ч. 2 этой статьи, являются как должностные, так и иные лица, состоящие на государственной или муниципальной службе»¹.

На взгляд В.В. Дорошкова, в п. «б» ч. 3 ст. 228.1. УК РФ использование своего служебного положения «предполагает, что субъект преступления может быть как должностным лицом, так и другим работником. Достаточно того, что служебное положение позволяет этому лицу использовать его для выполнения действий, образующих объективную сторону преступления. К таким лицам могут относиться врачи, медсестры, фармацевты, работники предприятий, производственная деятельность которых связана с наркотическими средствами или психотропными веществами. В каждом случае необходимо устанавливать круг и характер служебных прав и обязанностей такого лица, закрепленных в законодательных и иных нормативных правовых актах, в уставах, положениях, инструкциях и т.п., поскольку в отношении должностных лиц требуется дополнительная квалификация действий виновных по ст. 285 УК»².

Приведенные точки зрения существенно различаются. Из вывода, сделанного Г.Н. Борзенковым, следует, что лица, осуществляющие служебные функции в коммерческих и иных организациях, не являющихся государственными или муниципальными учреждениями, не могут привлекаться к ответственности по ч. 2 ст. 137 УК РФ. Такую позицию нельзя признать обоснованной. Например, незаконное собирание сведений о частной жизни лица может осуществляться по распоряжению руководителя организации, занимающейся частной охранной или детективной деятельностью. Более того, не совсем понятно, почему данным признаком охватываются только служащие государственного или муниципального учреждения, а не государственные или муниципальные служащие. Это важно отметить, поскольку по действующему законодательству по общему правилу, например, служащие государственного учреждения не относятся к числу государственных служащих. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 27 мая 2003 г. №58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» государственная

¹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. / Отв. ред. В.М. Лебедев. - М.: «Юрайт», 2007.

² Там же.

служба Российской Федерации - профессиональная служебная деятельность граждан Российской Федерации по обеспечению исполнения полномочий: Российской Федерации; федеральных органов государственной власти, иных федеральных государственных органов; субъектов Российской Федерации; органов государственной власти субъектов Российской Федерации, иных государственных органов субъектов Российской Федерации; лиц, замещающих должности, устанавливаемые Конституцией Российской Федерации, федеральными законами для непосредственного исполнения полномочий федеральных государственных органов¹. Государственные учреждения не включены в перечень организаций, в которых может осуществляться государственная служба.

Интересно отметить, что, по мнению А.В. Наумова, субъектом квалифицированного состава (ч. 2 ст. 137 УК РФ) являются как должностное лицо, так и государственные служащие и служащие органов местного самоуправления, не относящиеся к числу должностных лиц, а также лица, постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности в коммерческой организации независимо от формы собственности, в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением².

Вряд ли можно согласиться с суждением В.И. Радченко о том, что, например, содействие террористической деятельности, оказанное руководителем коммерческой или некоммерческой организации, не должно квалифицироваться по ч. 2 ст. 205.1. УК РФ, поскольку использование для этого предоставленных управленцу полномочий отражает повышенную степень общественной опасности содеянного.

Не отличается единообразием по этому вопросу и позиция Пленума Верховного Суда РФ. Так, в п. 23 постановления от 18.11.2004 г. №23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» разъясняется: «Под лицами, использующими

¹ См.: Собрание законодательства РФ. 2003. №22. Ст. 2063.

² См.: Наумов А.В. Практика применения Уголовного кодекса Российской Федерации: комментарий судебной практики и доктринальное толкование. - М.: Волтерс Клувер, 2005.

свое служебное положение (пункт «б» части 3 статьи 174 и пункт «б» части 3 статьи 174.1 УК РФ), следует понимать должностных лиц, служащих (курсив мой - *А.Ш.*), а также лиц, осуществляющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях». В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 26.04.2007 г. №14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» указывается, что таким субъектом «может быть как должностное лицо, обладающее признаками, предусмотренными примечанием 1 к статье 285 УК РФ, так и государственный или муниципальный служащий, не являющийся должностным лицом (курсив мой - *А.Ш.*), а также иное лицо, отвечающее требованиям, предусмотренным примечанием 1 к статье 201 УК РФ (например, руководитель предприятия любой формы собственности, поручающий своим подчиненным незаконно использовать авторские или смежные права)». Таким образом, в первом случае наряду с другими лицами речь идет о любом служащем, а во втором - только о государственном или муниципальном служащем.

На мой взгляд, при конструировании составов преступлений с рассматриваемым квалифицирующим признаком и уяснении его содержания необходимо учитывать следующее:

1. Совершение преступления таким субъектом является отягчающим обстоятельством. Общественная опасность соответствующего деяния повышается за счет использования лицом присущих ему особых управленческих полномочий (функций представителя власти, организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций). Тем самым законодатель создает составы так называемых альтернативно-должностных преступлений. Особенность этой разновидности преступлений заключается в том, что они могут совершаться как общими субъектами, так и специальными - (должностными лицами или лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих или иных организациях). Таким образом, отягчающее обстоятельство «использование своего служебного положения» позволяет дифференцировать уголовную ответственность, в рамках одного состава учесть, что преступление совершено специальным субъектом, и не квалифицировать содеянное по совокупности. В этой связи в п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5.11.1998 г. №14 «О практике применения судами законодательства об ответ-

ственности за экологические правонарушения» (далее - Постановление №14) обоснованно предлагается руководствоваться следующим правилом: «...статьями 256, 258 и 260 УК РФ специально предусматривается ответственность за преступления, совершенные с использованием служебного положения. Исходя из этого, содеянное следует квалифицировать только по указанным нормам об экологических преступлениях без совокупности со статьями, предусматривающими ответственность за должностные преступления, либо за злоупотребление полномочиями лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческой и иной организации».

Однако если в составе преступления не содержится подобный признак, то квалификация должна быть иной. Так, в п. 10 Постановления №14 разъясняется, «...что в случаях, когда виновным в совершении экологического преступления признается должностное лицо государственного предприятия, учреждения, организации или лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, оно должно нести ответственность по соответствующей статье за совершение экологического преступления, а при наличии в действиях признаков злоупотребления должностными полномочиями или полномочиями лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или иной организации, несет также ответственность соответственно по статьям 285 и 201 УК РФ».

Вместе с тем, представляется, что более суровая ответственность должна предусматриваться за использование своих служебных полномочий, а не положения, поскольку последнее понятие не имеет четкого содержания, а потому неоднозначно трактуется в юридической литературе и судебной практике. Кроме того, в общих нормах о преступлениях против интересов службы законодатель устанавливает ответственность именно за злоупотребление полномочиями (ст.ст. 201, 285 УК РФ). Хотя в УК РСФСР 1960 г. говорилось о «злоупотреблении властью или служебным положением» (ст. 170). Законодатель не случайно изменил название этого преступления. Данное нововведение свидетельствует о том, что ответственность наступает за незаконное использование управленцем предоставленных по службе полномочий, которые конкретизируются в различных нормативных правовых актах.

В отдельных статьях УК РФ законодатель сужает круг субъектов ответственности за использование служебного по-

ложения. Например, в ч. 1 ст. 169, п. «б» ч. 3 ст. 188 УК РФ называются только должностные лица.

2. Совершение аналогичных преступлений рядовыми служащими, на мой взгляд, не свидетельствует о повышении общественной опасности содеянного, а потому не может квалифицироваться с вменением рассматриваемого признака. Более того, в противном случае будут уравниваться по своей уголовно-правовой оценке преступления, совершаемые субъектами, существенно различающимися по характеру предоставленных им по службе полномочий.

Так, в п. 24 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 г. №51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», в частности, отмечается, что под лицами, использующими свое служебное положение при совершении присвоения или растраты, «следует понимать должностных лиц, ...государственных или муниципальных служащих, не являющихся должностными лицами, а также иных лиц, отвечающих требованиям, предусмотренным примечанием 1 к ст. 201 УК РФ (например, лицо, которое использует для совершения хищения чужого имущества свои служебные полномочия, включающие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности в коммерческой организации)».

В судебной практике названными лицами необоснованно признаются, например, продавцы. Так, приговором Петрозаводского суда М. признана виновной в совершении присвоения, то есть хищения чужого имущества, вверенного виновному, с использованием служебного положения. М., являясь продавцом, совершала хищения денежных средств из кассы магазина в период с 17 ноября по 26 декабря 2003 г. Кассационная инстанция изменила приговор в связи с неправильным применением уголовного закона, указав, что М., работая продавцом, присваивала деньги за проданный товар, ее деятельность связана с непосредственным обслуживанием покупателей, продажей вещей. При таких обстоятельствах в действиях М. отсутствует квалифицирующий признак присвоения «с использованием своего служебного положения».

За присвоение или растрату может нести ответственность только специальный субъект, то есть лицо, которому имущество было вверено виновным. Продавец, безусловно, охватывается данным понятием, но по справедливому замечанию кассационной инстанции не может признаваться лицом, ис-

пользующим свое служебное положение, в смысле, придаваемом этому признаку в ч. 3 ст. 160 УК РФ.

Представляется, что присвоение или растрата, совершенные государственным или муниципальным служащим, по общественной опасности разительно не отличаются от аналогичных деяний, например, служащего государственного или муниципального унитарного предприятия (коммерческая организация), однако последнего Пленум не относит к лицам, которые могут использовать свое служебное положение.

3. Толкование рассматриваемого признака должно быть одинаковым вне зависимости от того, в квалифицированном составе какого преступления он предусматривается. Кроме того, при конструировании соответствующих составов преступлений законодатель должен учитывать особенности уголовно-правового запрета. Поэтому данный признак не следует предусматривать в случаях, когда ответственность предполагается для более широкого круга субъектов, чем названные выше должностное лицо или лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации. В противном случае трактовка этого понятия будет различаться в зависимости от специфики уголовно-правовой нормы, что и имеет место в настоящее время.

Указанное правило касается, например, использования лицом своего служебного положения при совершении хищения либо вымогательства оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ или взрывных устройств (п. «в» ч. 2 ст. 226 УК РФ). В данной ситуации общественная опасность содеянного повышается вследствие завладения такими предметами лицом, которому они были вверены, что способствует облегчению совершения преступления. В п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12.03.2002 г. №5 «О судебной практике по делам о хищении, вымогательстве и незаконном обороте оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств» (далее - Постановление №5) отмечается, что «хищением оружия, комплектующих деталей к нему, боеприпасов, взрывчатых веществ или взрывных устройств лицом с использованием своего служебного положения следует считать хищение их как лицом, которое наделено служебными полномочиями, связанными с оборотом оружия, в частности, его использованием, производством, учетом, хранением, передачей, изъятием и т.д., так и лицом, которому они выданы персонально и на определенное время для выполнения специ-

альных обязанностей (часовым, постовым милиционером, вахтером или инкассатором во время исполнения ими служебных обязанностей и т.п.)».

В этом случае действия, например, сотрудника милиции (должностное лицо), военнослужащего, инкассатора, частного охранника и т.д. характеризуются одинаковой степенью общественной опасности. Однако если их сравнивать с действиями субъекта, которому такие предметы не вверялись, то различие становится очевидным. Поэтому в п. «в» ч. 2 ст. 226 УК РФ целесообразно указать на «лицо, которому указанные предметы были вверены или выданы для исполнения служебных обязанностей».

Вышеизложенное не всегда учитывается в судебной практике. Так, Б., назначенному в состав караула в качестве караульного, для несения службы были выданы автомат со штык-ножом и 60 боевых патронов. Находясь на посту, он решил дезертировать, похитив оружие и боеприпасы, и покинул место службы. Через несколько часов он был задержан.

Действия Б. органы следствия и суд квалифицировали как дезертирство с оружием, вверенным по службе, хищение огнестрельного оружия и боеприпасов с использованием своего служебного положения и незаконное его хранение и ношение. Суд кассационной инстанции с такой квалификацией так же согласился.

Военная коллегия, рассмотрев данное дело по протесту председателя, наряду с отменой приговора в части осуждения Б. по ч. 1 ст. 222 УК РФ и прекращением дела за отсутствием состава преступления, поскольку признано, что Б. оружие выдал добровольно (применено примечание к данной статье УК), переквалифицировала его действия с п. «в» ч. 3 ст. 226 УК РФ на ч. 1 этой же статьи. В связи с этим в своем определении коллегия указала, что «по смыслу закона под хищением оружия и боеприпасов с использованием служебного положения следует понимать случаи, когда эти предметы были вверены виновному как должностному лицу для охраны, либо когда он имел доступ к хранилищу в силу служебного положения и был наделен полномочиями по обеспечению их оборота». Б. таким должностным лицом не являлся, поскольку исполнял обязанности караульного, вооруженного автоматом с боеприпасами, которые и похитил¹.

¹ См.: Определение Военной коллегии Верховного Суда РФ от 07.07.1998 г. №6н-166/98.

В п. 20 Постановления №5 подчеркивается: «Дезертирство военнослужащего с оружием, вверенным ему по службе, при отсутствии в его действиях признаков хищения оружия квалифицируется лишь по части второй статьи 338 УК РФ. При наличии в содеянном признаков хищения оружия действия виновного должны квалифицироваться по совокупности преступлений, предусмотренных статьей 226 и частью второй статьи 338 УК РФ».

В приведенном решении Военная коллегия отметила, что использовать свое служебное положение может не только должностное лицо, но и виновный, который имел доступ к хранилищу оружия в силу служебного положения и был наделен полномочиями по обеспечению их оборота. Однако, исключая из обвинения Б. данный признак, Военная коллегия сослалась на то, что Б. не являлся именно должностным лицом. Кроме того, рассматриваемое понятие в этом определении толкуется значительно уже, чем в Постановлении №5.

Таким образом, из числа всех служащих (в самом широком смысле этого слова) к лицам, использующим свое служебное положение, целесообразно относить только субъектов, наделенных специальными управленческими полномочиями, то есть должностных лиц (примечание 1 к ст. 285 УК РФ) и лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих или иных организациях (примечание 1 к ст. 201 УК РФ). Все иные служащие, в том числе государственные и муниципальные, не являющиеся должностными лицами, не должны охватываться данным признаком.

Вопросы земельной реформы, экологического, бюджетного и административного законодательства

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В МЕХАНИЗМЕ ЗАЩИТЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА ГРАЖДАН НА ИНДИВИДУАЛЬНУЮ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

*Жукова С.М. -
преподаватель кафедры административного
и финансового права*

Российское предпринимательство в своем развитии прошло сложный путь: от практически отсутствия в нашей стране предпринимательской деятельности до нынешнего этапа, когда предпринимательство стало «мощным социально-экономическим явлением»¹.

За нескольких последних лет созданы конституционно-правовые условия экономической свободы для возрождения предпринимательства.

В настоящее время наиболее перспективный сектор экономики России составляет индивидуальное предпринимательство, основанное на конституционных нормах о свободе предпринимательства². По мнению Л.К. Тумановой, индивидуальное предпринимательство является самой простой формой организации бизнеса, так как создание индивидуумом собственного дела не ограничено формальностями, а потребности в начальном капитале, как правило, невелики³.

Индивидуальная предпринимательская деятельность в России имеет многовековую историю. Она зародилась еще в Средние века, когда торговцы, купцы представляли собой начинающих предпринимателей.

¹ Малый бизнес - мощное социально-экономическое явление. // Новости малого бизнеса. №48 (445) от 30.11.2007 г.

² См. подр.: Белых С.В. Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в Российской Федерации: Дис канд. юрид. наук. - М., 2005.

³ Туманова Л.К. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в зарубежных странах. // Российское предпринимательское право: Учебник. / Д.Г. Алексеева, Л.В. Андреева, В.К. Андреев (и др.); ответ. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 43.

При рассмотрении отечественной историографии выявляется, что русские предприниматели-купцы упоминались уже в первых сочинениях по истории России и их деятельности посвящены многие страницы исторических трудов Н.М. Карамзина, В.О. Ключевского, С.М. Соловьева¹ и более позднего поколения российских историков.

В истории развития индивидуального предпринимательства условно можно выделить четыре этапа.

Первый этап - возникновение торгового предпринимательства на Руси - относится к глубокой древности: к IX веку торговля становится важной сферой хозяйственной деятельности. В это время рынок (также торг, торжище) занимал центральное место - в древнем Киеве, например, насчитывалось 8 рынков. На данном этапе основным видом торговли была караванная торговля, причем «...чем дальше мы углубляемся в историческое прошлое России, тем более внутренняя торговля отодвигается на второй план, и тем заметнее преобладает над ней торговля внешняя»².

В середине XIV в. караванная торговля дополнилась более развитой - ярмарочной, и лишь в конце XVII в. в России стала зарождаться оседлая торговля. Именно торговое предпринимательство послужило фундаментом, на котором двигались все остальные его виды. Вместе с тем, в рассматриваемый период развитие российского индивидуального предпринимательства происходило путем преодоления существенных препятствий, основным из которых была конкуренция иноземных предпринимателей.

Результатом активного развития отечественной торговли явился переход российского правительства к политике меркантилизма, ознаменовавший собой второй этап. На данном этапе делаются первые шаги для устранения конкуренции иностранных купцов с русским купечеством. В 1627 г. по просьбе гостей было решено не пускать в Москву торговых иноземцев без царских жалованных грамот, «чтоб нашим торговым людям в том оскуднения не было»³. Государевым указом в 1649 г. были ликвидированы имевшиеся ранее привилегии англий-

¹ См., напр.: Карамзин Н.М. Предание веков. - М., 1989; Ключевский В.О. Сочинения: в 8 т. - М., 1956; Соловьев С.М. Чтение и рассказы по истории России. - М., 1989.

² См. подр.: Милоков П.Н. Очерки по истории русской культуры. Часть I: Население, экономический, государственный и сословный строй. 7-е изд. - М., 1918. С. 111.

³ История государства и права России. Учебник. / Под ред. Ю.П. Титова. - М.: Проспект, 1999. С. 91.

ских купцов в России (им запрещалось торговать всюду, кроме Архангельска. 25 октября 1653 г. был обнародован «Торговый устав», главное значение которого состояло в установлении единой торговой пошлины в размере 5% от цены продаваемого товара и повышении размера пошлины с иностранных купцов. Кроме того, ярко выраженный протекционистский характер имел и «Новоторговый устав», принятый в 1667 г. и резко ограничивающий торговую деятельность иностранцев в России: пошлины, уплачиваемые ими, достигали 22% от цены товара, не считая расходов по транспортировке; кроме того, иностранным купцам разрешалось вести торговлю только в пограничных городах¹. Таким образом, торговые уставы ограждали русских людей от иностранной конкуренции и одновременно увеличивали размер поступлений в казну от сбора пошлин. Вместе с тем, ограничения в осуществлении предпринимательства для иностранных подданных на территории Российского государства в целом негативно повлияли на развитие предпринимательства. Преобразования Петра I (1689-1725 гг.) вызвали крупные изменения в экономической жизни Российской Империи, в том числе в торговле. Северная война и расширение казенного предпринимательства привели к кризису средневековых купеческих корпораций, резко изменились условия и структура торговли (в частности, была введена государственная монополия на торговлю особенно прибыльными товарами - солью и табаком, а также на экспортные поставки икры и т.д.).

В этот период были пересмотрены традиционные нормы взаимоотношений государства с крупным купечеством, которое потеряло былую экономическую мощь и фактически было ликвидировано как институт. Параллельно этому процессу шел процесс укрепления позиции нового слоя предпринимателей - гильдийских купцов.

Конец XVIII - начало XIX в. характеризуются обновлением делового мира Российской Империи, начавшимся еще при Петре I: происходит вытеснение крупных купеческих родов, пребывавших в состоянии корпоративной замкнутости, более инициативными предпринимателями из среды провинциального купечества, крестьян и мещан - чему способствовало проведение в жизнь великой реформы 1861 г. Именно она ознаменовала собой начало нового революционного этапа

¹ История государства и права России. Учебник. / Под ред. Ю.П. Титова. - М.: Проспект, 1999. С. 91.

в истории предпринимательства России, когда массы освобожденных крестьян стали наемными рабочими на частных предприятиях или смогли организовать свое собственное дело. Таким образом, российское законодательство 60-х годов XIX века положило конец неравенству сословий в праве на занятие частной предпринимательской деятельностью и создало условия для формирования и развития предпринимательства на основе экономической свободы субъектов рынка.

В 90-е годы XIX века в России сложилась достаточная индустриальная база предпринимательства. Вместе с тем, по замечанию И.В. Поткиной, обзор развития коммерческого законодательства приводит к выводу о том, что в нашей стране до революции не сложилось особой системы торгово-промышленного права, а имелись лишь отдельные законы, разбросанные во всех частях общего свода¹. Тем не менее, можно с уверенностью утверждать, что в то время была заложена благоприятная структура законодательства в области коммерческой деятельности, которая была максимально приближена к действительности. Все это говорит о том, что со второй половины XIX в. власть стала проявлять готовность к сотрудничеству в экономической сфере. Вместе с тем, если даже государство и шло на некоторые уступки, российская буржуазия, по мнению А.А. Галагана, став к концу века экономическим хозяином страны, в политическом отношении влачила жалкое существование прислуги самодержавия, чем разительно отличалась от собратьев из развитых стран Запада².

В начале XX века предпринимательство становится массовым явлением в России.

Однако после окончания Первой мировой войны и по завершении двух революций (Февральской и Октябрьской) в России был взят курс на ликвидацию рыночных экономических связей, в результате чего правовое регулирование предпринимательских отношений стало основываться на угнетении прав предпринимателей: в несколько приемов были национализированы предприятия крупной, средней и отчасти мелкой промышленности, транспорта, торговли, все банковско-кредитные учреждения, ликвидированы товарные биржи, экспропрированы средства производства и имущество всех

¹ Поткина И.В. Законодательное регулирование предпринимательской деятельности в России. // История предпринимательства в России: В 2 кн. - Кн. 2. - М., 1999. С. 22.

² См. подр.: Галаган А.А. Власть и бизнес: новое осмысление старого. // Проблемы теории и практики управления. 2000. №5. С. 11.

частных предпринимателей. Кроме того, частная собственность большевиками не признавалась, а без нее предпринимательство обречено на гибель. Само же понятие «индивидуальный предприниматель» стало ассоциироваться с образом хищного эксплуататора. Все эти показатели являются характеристикой третьего этапа в развитии индивидуальной предпринимательской деятельности.

С приходом советской власти предприниматели полностью лишились свободы действий¹. Данная обстановка подтолкнула руководство Советского государства к проведению в 1921 г. реформы, которая получила название новой экономической политики - нэп (1921-1926 гг.) и внесла некоторое оживление в предпринимательскую деятельность². Профессор А.А. Галаган этот период называет «началом второго пришествия предпринимательства в хозяйственной жизни страны»³.

Вместе с тем, по мнению Н.В. Поправко, «новая экономическая политика государственной власти также не была направлена на восстановление предпринимательских отношений»⁴ - наряду с рыночными продолжали действовать централизованные методы управления экономикой, кроме того, оптовая торговля оказалась преимущественно в руках государства, а на многие виды товаров государство распространяло фиксированные цены.

На наш взгляд, что вполне согласуется с позициями ученых, одним из важных событий в развитии индивидуальных предпринимательских отношений данного этапа стало принятие в 1977 г. Конституции (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик⁵ и в 1978г. - Конституции (Основной закон) Российской Федерации⁶, которые закрепили право на занятие индивидуальной трудовой деятельно-

¹ Поправко Н.В. Конституционно-правовые гарантии обеспечения права на предпринимательскую деятельность в Российской Федерации: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. - М., 2007. С. 8.

² См. подр.: Алексеев С.В. Правовое регулирование предпринимательской деятельности. - М., 2004. С. 14-15.

³ См. подр.: Галаган А.А. История предпринимательства российского. От купца до банкира. - М.: Ось-89, 1997. С. 138.

⁴ Поправко Н.В. Указ. соч. С. 8.

⁵ Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик (принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г.). - Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1977. №41. Ст. 617.

⁶ Конституция (Основной закон) Российской Федерации - России (принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета РСФСР девятого созыва 12 апреля 1978 г.). - Ведомости Верховного Совета Российской Федерации. 1978. №29. Ст. 407.

стью¹. Начиная с этого периода предпринимательская деятельность постепенно стала восстанавливаться. Но лишь в конце 80-х - начале 90-х гг. XX в. стали формироваться правовые основы четвертого (современного) этапа, регламентирующие право на свободное осуществление предпринимательской деятельности.

В 1986 г. принимается Закон Союза Советских Социалистических Республик «Об индивидуальной трудовой деятельности»², в соответствии с которым названный вид деятельности допускается в сфере кустарно-ремесленных промыслов, бытового обслуживания населения, а также других видов деятельности, основанных исключительно на личном труде граждан и членов их семей. Закон разрешал заниматься индивидуальной трудовой деятельностью только в свободное от основной работы время, а также домохозяйкам, инвалидам, пенсионерам, студентам и учащимся, не занятым в общественном производстве.

Физические лица получают особый статус предпринимателей и становятся участниками хозяйственного оборота после того, как в Законе РСФСР от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР»³ устанавливается, что собственность граждан не носит потребительского характера, а может активно использоваться в производственно-хозяйственных целях, кроме того, «результаты хозяйственного и иного использования имущества, включая произведенную продукцию, в также плоды и иные доходы от использования имущества принадлежат собственнику этого имущества, если иное не предусмотрено законом или договором собственника с другим лицом» (пункт б статьи 2). Вместе с тем, 31 декабря 1990 г. принимается Закон Союза Советских Социалистических Республик «Об усилении ответственности за спекуляцию, за незаконную торговую деятельность и за злоупотребления в торговле»⁴, но уже

¹ Согласно положениям статьи 17 Конституции (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик 1977 года, «в СССР в соответствии с законом допускаются индивидуальная трудовая деятельность в сфере кустарно-ремесленных промыслов, сельского хозяйства, бытового обслуживания населения, а также другие виды деятельности, основанные исключительно на личном труде граждан и членов их семей. Государство регулирует индивидуальную трудовую деятельность, обеспечивая ее использование в интересах общества». Статья 52 Конституции (Основной Закон) Российской Федерации - России 1978 года закрепила право каждого «на предпринимательскую деятельность, не запрещенную законом».

² Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. №47. Ст. 964, 965.

³ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР. 1990. №30. Ст. 416.

⁴ Ведомости Совета народных депутатов РСФСР Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР. 1990. №30. Ст. 416.

Законом РСФСР от 28 февраля 1991 г. «О действии на территории РСФСР Закона СССР от 31 октября 1990 года «Об усилении ответственности за спекуляцию, незаконную торговую деятельность и за злоупотребления в торговле»¹ из Уголовного Кодекса РСФСР исключаются статьи 154 и 156.3.

В 1991 году право каждого на предпринимательскую деятельность, не запрещенную законом, получило свое закрепление в статье 22 Декларация прав и свобод человека и гражданина², принятой Постановлением Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. №1920-1.

Но, безусловно, важнейшим шагом к закреплению и гарантированию права на индивидуальную предпринимательскую деятельность явилось принятие на референдуме Конституции Российской Федерации 1993 г.³

Вместе с тем, отдельные элементы административно-командной системы управления названными отношениями не просто сохранились, но и приобрели новое содержание. Как реакция на данное явление, на современном этапе наметились особые тенденции, среди которых важное место занимает развитие института «защиты прав и свобод граждан от действий и решений государственного управления»⁴, в том числе и от незаконного вмешательства государства в их экономическую деятельность, от избыточного государственного регулирования.

В.П. Евтушенков определяет эти явления как административные барьеры, то есть «формально обязательные правила ведения хозяйственной деятельности на рынках товаров и услуг, устанавливаемые органами государственной власти и местного самоуправления, частные издержки, от введения которых для хозяйствующего субъекта, подпадающего под их действие, превышают его частные выгоды»⁵. В.И. Крусс считает, что речь идет о «злоупотреблении правом»⁶ и указывает,

¹ Ведомости Совета народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. №45. Ст. 958.

² Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. №9. Ст. 204.

³ Постановление Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. №1920-1 «О Декларации прав и свобод человека и гражданина». // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1991. №52. Ст. 1865.

⁴ Конституция Российской Федерации, принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. - «Российская газета» от 25 декабря 1993 г. №237.

⁵ Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. В 3 т. Т. 1: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. - М.: Издательство НОРМА, 2002. С. 28.

⁶ Евтушенков В.П. Снижение административных барьеров. - М., 2004. С. 43.

⁷ См, напр.: Крусс В.И. Право на предпринимательскую деятельность - конституционное полномочие личности. / Отв. ред. С.А. Авакьян. - М.: Юрист, 2003. С. 601.

что «любая власть сопряжена с возможностью (и искушением) использовать право в своих интересах. Такой подход к созданию нормативных правовых актов во всяком случае (если речь не идет о государственной тайне или национальной безопасности) нельзя расценить иначе, как злоупотребление правом»¹. По нашему мнению, при раскрытии оснований для защиты конституционного права граждан на свободное осуществление предпринимательской деятельности, следует указать и «злоупотребление обязанностями» («ненадлежащее исполнение обязанностей») отдельными государственными и муниципальными служащими².

Не умаляя значения таких конституционно-правовых форм и методов защиты предпринимателей, как обращение в суд³, применение права на объединение для защиты общих интересов⁴, проведение в этих целях массовых мероприятий⁵, автор видит ключевую проблему в оптимизации ответственности государственных и муниципальных служащих за создание, сохранение, применение административных барьеров и необоснованное привлечение к юридической ответственности граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью. При этом одним из основных видов негативной оценки государством поведения государственного (муниципального) служащего нам видится административная ответственность.

Законодательством Российской Федерации⁶ и ее субъектов об административных правонарушениях уже предусмотрен механизм защиты отдельных конституционных прав граждан мерами административной ответственности (например, нормы главы 5 КоАП РФ «Административные правонарушения, посягающие на права граждан» направлены на защиту

¹ Крусс В. И. Указ. соч. С. 604.

² См. подр.: Лазуткина С.М. Некоторые проблемы государственного регулирования предпринимательской деятельности (теоретико-правовой аспект). // Труды Оренбургского института (филиала) Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московская государственная юридическая академия» (выпуск седьмой). - Оренбург, 2006. С. 469-477.

³ В рамках статьи 46 Конституции Российской Федерации, принятой на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. - «Российская газета» от 25 декабря 1993 г. №237 и, например, положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24 июля 2002 г. №95-ФЗ. СЗ РФ. 2002 . №30. Ст. 3012.

⁴ В рамках статьи 30 Конституции Российской Федерации и положений Федерального закона от 19.05.1995 г. №82-ФЗ «Об общественных объединениях». СЗ РФ. 1995. №21. Ст. 1930.

⁵ В рамках статьи 31 Конституции Российской Федерации и положений Федерального закон от 19.06.2004 г. №54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании». - СЗ РФ. 2004. №25. Ст. 2485.

⁶ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 г. №195-ФЗ. СЗ РФ. 2002. №1. Ст. 1 (далее по тексту - КоАП РФ).

избирательных, трудовых и иных конституционных прав граждан, нормы главы 8 КоАП РФ «Административные правонарушения в области охраны окружающей природной среды и природопользования» - на защиту экологических прав граждан).

Нам представляется, что подобный механизм административной ответственности необходимо распространить и на защиту конституционного права гражданина на занятие предпринимательской деятельностью.

В настоящее время КоАП РФ закрепляет 165 составов административных правонарушений, применяемых в отношении предпринимателей, и предусматривает всего четыре состава, за которые могут быть привлечены к административной ответственности должностные лица органов, осуществляющих государственную регистрацию, лицензирование, контроль и надзор в сфере предпринимательской деятельности (например, часть 1 статьи 14.25 КоАП РФ «Нарушение законодательства о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»; статья 19.1 КоАП РФ «Самоуправство» и др.). По-разному эти вопросы решают субъекты Российской Федерации. Так, Закон Оренбургской области от 01.10.2003 г. №489/55-3-ОЗ «Об административных правонарушениях в Оренбургской области»¹ содержит 48 составов правонарушений, за совершение которых к ответственности могут быть привлечены предприниматели, норм же об ответственности должностных лиц, органов, наделенных контрольно-надзорными функциями данный закон не предусматривает.

Нам представляется, что подобное положение неминуемо приводит к желанию чиновника из «хороших» побуждений («Радею за государство», «Забочусь о здоровье граждан» и т.п.) или иных личных интересов превратить федеральное законодательство и законодательство субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях из инструмента защиты личности, общества и государства в административный пресс на предпринимательство.

Анализ практики применения законодательства об административных правонарушениях в отношении предпринимателей представителями отдельных государственных (муниципальных) органов позволяет систематизировать наиболее

¹ «Южный Урал» от 28 октября 2003 г. №21.

характерные из причин, обуславливающих развитие административных барьеров в три группы:

а) отказ от применения института малозначительности при решении вопроса о привлечении предпринимателя к административной ответственности;

б) привлечение к административной ответственности без составления протокола;

в) нарушение установленных законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации порядка и правил осуществления государственного контроля (надзора)¹.

Поэтому предлагается следующее.

Прежде всего, представляется целесообразным законодательно закрепить количественные и качественные характеристики понятия «малозначительность административного правонарушения» (статья 2.9. КоАП РФ) и определить этот критерий для назначения административного наказания без составления протокола (статья 28.6 КоАП РФ), для чего «вспомнить» забытое старое - положения, закрепленные в статье 237 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях². Применительно к ним статью 2.9 КоАП РФ дополнить примечанием: «Примечание. Под малозначительностью совершенного административного правонарушения в настоящем Кодексе следует понимать административное правонарушение, за совершение которого в соответствующих статьях Особенной части настоящего Кодекса или законов субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрены административные наказания в виде предупреждения или административного штрафа в размере не превышающем одного минимального размера оплаты труда, а при нарушении таможенных правил - в размере, не превышающем десяти минимальных размеров оплаты труда». В часть 1 статьи 28.6 КоАП РФ предлагается внести изменения и изложить ее в следующей редакции:

«1. При малозначительности совершенного административного правонарушения, если в отношении лица, совершив-

¹ См. подр.: Лазуткина С.М. Вопросы оптимизации контрольно-надзорных функций государственных и иных органов в сфере предпринимательской деятельности. // Труды Оренбургского института (филиала) Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования "Московская государственная юридическая академия" (выпуск восьмой). - Оренбург, 2007. С. 236-247.

² Кодекс РСФСР об административных правонарушениях от 20.06.1984 г. - Ведомости Верховного Совета РСФСР от 5 июля 1984 г. №27. Ст. 909.

шего административное правонарушение, не применяются меры, предусмотренные статьей 2.9 настоящего Кодекса, протокол об административном правонарушении не составляется, а уполномоченным на то должностным лицом на месте совершения административного правонарушения оформляется предупреждение либо налагается и взимается административный штраф. В случае совершения административного правонарушения, предусмотренного главой 12 настоящего Кодекса, постановление о наложении административного штрафа оформляется в порядке, предусмотренном статьей 32.3 настоящего Кодекса, а административный штраф взимается в порядке, предусмотренном статьей 32.2 настоящего Кодекса».

Это позволит по ряду позиций не привлекать граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность, к административной ответственности.

Для соблюдения государственными (муниципальными) служащими требований статьи 2 Конституции РФ о том, что «человек, его права и свободы являются высшей ценностью», а их «признание, соблюдение и защита» - «обязанность государства», представляется целесообразным дополнить главу 5 КоАП РФ «Административные правонарушения, посягающие на права граждан» статьей 5.57 «Воспрепятствование осуществлению предпринимательской деятельности» следующего содержания: «Нарушение должностными лицами государственных органов, органов местного самоуправления, их учреждений установленных федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации порядка и правил проведения государственного (муниципального) контроля (надзора) - влечет наложение административного штрафа в размере от пятидесяти до ста минимальных размеров оплаты труда».

Это вызовет необходимость часть 1 статьи 28.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (Собрание законодательства Российской Федерации, 2002, №1, ст. 1) после слов «Дела об административных правонарушениях, предусмотренных статьями 5.1, 5.7, 5.21, 5.23-5.25, 5.45, 5.48, 5.52» дополнить словами «5.57».

Президент Российской Федерации в своих ежегодных Посланиях к Федеральному Собранию Российской Федерации о положении в стране не раз подчеркивал, что «Россия окончательно станет правовым государством, когда власть в своих решениях и действиях будет связана правом и в то же

время сможет эффективно гарантировать безотказное действие права»¹. Данный тезис остается актуальным и в наши дни, так как необходимым условием нормального развития и функционирования любого демократического правового государства является в первую очередь утверждение принципа верховенства закона и строгого его соблюдения в обществе не только гражданами, но и всеми без исключения государственными органами, должностными лицами, а также дальнейшее укрепление гарантий прав человека и гражданина, их охрана.

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ИМУЩЕСТВА СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННЫХ КООПЕРАТИВОВ

*Лопина И.М. -
к.ю.н., доцент кафедры аграрного и экологического права*

В российском законодательстве термин «имущество» имеет несколько значений². В самом широком смысле под имуществом понимается совокупность вещей, имущественных прав и обязанностей³, которые характеризуют материальное и обязательственное положение их обладателя. Такое понимание имущества, по мнению автора, наиболее полно отвечает характеристике сельскохозяйственного кооператива как субъекта производственно-хозяйственной деятельности, хотя существует и более узкое понимание термина «имущество», исключающее элемент обязательств юридического лица, то есть ограничение этого термина рамками актива баланса коммерческой организации⁴.

Имущественную основу хозяйствования сельскохозяйственного кооператива может составлять не только право собственности, кооператив вправе использовать имущество и на других правовых основаниях: в соответствии с п. 1 ст. 34 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. «О сельскохозяйст-

¹ См., напр.: Послание Президента Российской Федерации к Федеральному Собранию Российской Федерации о положении в стране от 26 мая 2004 года «О важнейших общенациональных задачах». - «Российская газета». 27 мая 2004 г. №109.

² См.: Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник. Т. 1. / Отв. ред. О.М. Олейник. - М., 1999. С. 322.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный). / Отв. ред. О.Н. Садилов. - М., 1997. С. 269.

⁴ Палладина М.И. О юридических категориях и терминах в аграрном праве. // Гос. и право, 2000, №7. С. 47-48.

венной кооперации»¹ источниками формирования имущества кооператива могут быть как собственные, так и заемные средства. При этом доля заемных средств в имуществе кооператива устанавливается его уставом.

Собственные средства сельскохозяйственный кооператив формирует за счет паевых взносов членов кооператива, доходов от собственной деятельности, а также доходов от размещения своих средств в банках, от ценных бумаг и других источников (п. 2 ст. 34 Закона).

Для осуществления производственно-хозяйственной деятельности сельскохозяйственный кооператив образует фонды, составляющие его имущество. Под фондом признано понимать часть материально-денежных средств, имеющую единое целевое назначение и соответствующий этому правовой режим². Распределение имущества по фондам определяется хозяйственным назначением имущества и целью его использования. С учетом этих условий в отдельные фонды кооператива могут входить объекты кооперативной собственности, выполняющие различные экономические функции: вещи (движимые и недвижимые), деньги, ценные бумаги, а также другие объекты, предусмотренные законодательством.

Следует отметить, что содержание термина «фонды» в законодательстве, научной юридической и экономической литературе, в правоприменительной практике размыто. Нередко употребляется термин «производственные фонды» как сумма основных и оборотных средств, то есть часть актива баланса юридического лица, хотя в бухгалтерско-отчетной документации употребляются только два термина: основные и оборотные средства. Последние категории имеют преимущественно экономическое значение, хотя и косвенно (через методы определения прибыли, себестоимости) приобретают и правовую нагрузку. В последнее же время возникли «фонды» и как некоммерческие организации.

Правовой режим имущества как правовое явление связан с иным понятием «фонды», означающим ту или иную часть собственных средств юридического лица, отраженных в пассиве его баланса и служащих (или уже послуживших) источником образования отдельных вещественных частей имущества, отраженных в активе баланса юридического лица.

¹ В дальнейшем - Закон. // Собрание законодательства РФ. 1995. №50. Ст. 4870. С послед. изм. и доп.

² Колхозное право. Учебник. / Под ред. В.В. Петрова, Г.В. Иванова, О.Д. Дубинской. - М., 1976. С. 170.

И именно в таком аспекте Закон предоставляет кооперативу право самостоятельно решать на общем собрании в соответствии с уставом вопрос о видах, размерах, порядке формирования и использования фондов кооператива (п. 4 ст. 34), предусматривая, что часть имущества кооператива может составлять неделимые фонды (п. 5 ст. 34). Исключением из этого правила является образование паевого фонда, определяемого как сумма паев членов кооператива (ст. 1 Закона), и резервного фонда, формирование которых обязательно для сельскохозяйственных кооперативов. В практике традиционно имели место, помимо названных выше, фонд оплаты труда (именуемый ныне в балансах как долги по оплате труда, что далеко не точно), фонд социально-культурных мероприятий, фонд материальной помощи и другие. Сейчас законодатель о них умалчивает, кооперативы - тоже из-за отсутствия средств.

Для сельскохозяйственных кооперативов важно правильно и оптимально определить правовой режим имущества, под которым понимают совокупность требований, предъявляемых к имуществу при его приобретении, использовании и выбытии. В хозяйственной деятельности правовой режим имущества проявляется в установлении особых правил учета имущества, порядка погашения его стоимости, отнесения стоимости имущества на себестоимость выпускаемой продукции, переоценки и так далее¹.

Учет имущества осуществляется главным образом в форме бухгалтерского учета, основные требования и правила которого закреплены в Федеральном законе от 21 ноября 1996 года «О бухгалтерском учете»², Положении по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации³ и иных актах.

В целях обеспечения производственно-хозяйственной деятельности сельскохозяйственного кооператива формируется паевой фонд кооператива. В паевой фонд кооператива в соответствии с Положением по бухгалтерскому учету «Учет основных средств» ПБУ 6/01 (п. 4)⁴ и Положением по бухгал-

¹ Предпринимательское (хозяйственное) право. Т. 1. / Отв. ред. О.М. Олейник. - М., 1999. С. 323.

² Собрание законодательства РФ. 1996. №48. Ст. 5369. С послед. изм. и доп.

³ Утверждено приказом Минфина РФ от 29 июля 1998 г. // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти РФ. 1998. №23. С послед. изм. и доп.

⁴ Утверждено приказом Минфина РФ от 30 марта 2001 г. // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти РФ. 2001. №20.

терскому учету «Учет материально-производственных запасов» ПБУ 5/01 (п. 2)¹ включаются основные и оборотные средства, внесенные его членами в счет паевого взноса.

Согласно пункту 46 Положения по ведению бухгалтерского учета и отчетности к основным средствам как совокупности материально-вещественных ценностей, используемых в качестве средств труда при производстве продукции, выполнении работ или оказании услуг, либо для управления организации в течение периода, превышающего 12 месяцев, или обычного операционного цикла, если он превышает 12 месяцев, относятся здания, сооружения, рабочие и силовые машины и оборудование, транспортные средства, инструмент, производственный и хозяйственный инвентарь и принадлежности, рабочий и продуктивный скот, многолетние насаждения и прочие основные средства. В составе основных средств учитываются и находящиеся в собственности организации земельные участки.

Правовой режим имущества любого хозяйствующего субъекта - сложная юридическая категория, анализ которой невозможно проводить односторонне - либо со стороны фондов как источников образования вещественного состава имущества, то есть в рамках пассива баланса, либо со стороны его актива, то есть по важнейшим натуральным частям имущества. В рамках целей и задач данного исследования анализ правового режима имущества сельскохозяйственных кооперативов проводится всесторонне, затрагивая как натуральную (вещественную), так и стоимостную стороны имущества, поскольку они взаимообусловлены, в аспекте вещного и обязательственного права.

Нормы Закона, призванные комплексно урегулировать правовой режим имущества сельскохозяйственных кооперативов, не выполнили свою задачу в полном объеме. Будучи разбросанными по разным разделам, они нередко не стыкуются и, главное, содержат в себе много вопросов.

Одним из основных вопросов Закона является вопрос о земельных отношениях. Земельные участки, как и иные объекты природопользования, являются главной решающей составной частью имущества сельскохозяйственных производственных (потребительским кооперативам земли сельскохозяйствен-

¹ Утверждено приказом Минфина РФ от 9 июня 2001 г. // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти РФ. 2001. №31.

ного назначения не предоставляются) кооперативов не в ее денежной оценке, а в той роли, которую они играют в процессе их производственно-хозяйственной деятельности.

В Законе земельная правосубъектность кооператива получила выражение в правомочии кооператива согласно статьи 6 иметь в собственности, покупать или иным образом приобретать, продавать, закладывать и осуществлять иные права на земельные участки, в том числе переданные ему в виде паевого взноса в паевой фонд кооператива¹, в порядке и на условиях, которые установлены законодательством Российской Федерации и ее субъектов.

Отметим, что Земельный кодекс РФ² практически не регулирует вопрос приобретения кооперативом земельных участков из состава земель сельскохозяйственного назначения (ст. 82), делая отсылку к Федеральному закону от 24 июля 2002 года «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»³. Последний устанавливает возможность приобретения в собственность или аренду земельных участков из состава земель сельскохозяйственного назначения: частной земли (ст.ст. 8, 9) или публичной земли на торгах (ст. 10).

Норма статьи 6 Закона согласуется с закрепленной в Гражданском кодексе РФ конструкцией юридического лица (негосударственного типа) как собственника всего принадлежащего ему имущества (ст. 48), в том числе собственника земли как важнейшего компонента недвижимого имущества. Именно такой позиции на вопрос о земельной правосубъектности сельскохозяйственных организаций придерживается М.И. Палладина, считая безусловно необходимым наделение всех сельскохозяйственных коммерческих организаций (кроме унитарных) правом собственности на землю⁴.

Вместе с тем, статус кооператива как собственника земли нестабилен, поскольку статья 18 Закона, устанавливая обязанность кооператива вернуть пай выходящему члену кооператива, предусматривает возможность выплаты стоимости паевого взноса в виде земельного участка (п. 5). Поэтому в целях сохранения земельного фонда организации представляется правильным выходом из создавшегося положения разрабо-

¹ См. ст. 1 Закона.

² Собрание законодательства РФ. 2001. №44. Ст. 4147. С послед. изм. и доп.

³ Собрание законодательства РФ. 2002. №30. Ст. 3018. С послед. изм. и доп.

⁴ Палладина М.И. О дальнейшем развитии аграрной реформы и некоторых аспектах правового статуса сельскохозяйственных предприятий и организаций. // Гос. и право, 1997, №1. С. 47.

тать и закрепить в Законе меры по ограничению или отсутствию права возврата земельного участка в натуре при выходе.

Для вопроса формирования имущества сельскохозяйственных кооперативов в рамках паевого фонда, неделимого фонда, резервного фонда, включая и отдельные черты их правового режима, связанные с распоряжением, ответственностью и т.д. важна не только гражданско-правовая классификация имущества на движимое и недвижимое, делимое и неделимое, главной вещи и принадлежности, сложной вещи, потребляемой и непотребляемой, плоды, продукцию и доходы.

В свете формирования неделимого, паевого и резервного фондов еще не потеряла значение и экономическая классификация имущества на основные и оборотные средства (хотя и ее прежняя правовая роль снижена). Как уже говорилось выше, Положение по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в РФ формирует паевой фонд кооператива из основных и оборотных средств, внесенных его членами в счет паевого взноса.

Кроме перечисленных выше вещественных элементов основных средств, к ним относятся также расходы на создание, расширение, реконструкцию и техническое перевооружение основного капитала, именуемые капиталовложениями. Согласно пункта 41, это затраты на строительно-монтажные работы, приобретение зданий, оборудования, транспортных средств, инструмента, инвентаря, иных материальных объектов длительного пользования, прочие капитальные работы и затраты (по отводу земельных участков и другие).

К оборотным же средствам относятся: а) предметы со сроком полезного использования менее 12 месяцев, независимо от их стоимости; б) предметы стоимостью на дату приобретения не более 100-кратного размера установленного законодательством РФ минимального размера месячной оплаты труда за единицу, независимо от срока их полезного использования, за исключением сельскохозяйственных машин и орудий, рабочего и продуктивного скота, которые относятся к основным средствам независимо от их стоимости и другое имущество (п. 50).

К оборотным средствам относят и незавершенное производство, то есть продукцию (работы), не прошедшую предусмотренных технологическим процессом всех стадий (фаз, переделов), а также изделия неукomплектованные, не прошедшие испытания и технической приемки (п. 63).

Кроме того, в состав оборотных средств входят и так называемые финансовые вложения: инвестиции в государственные ценные бумаги, (облигации и иные долговые обязательства), в уставные (складочные капиталы) других организаций, а также предоставленные другим организациям займы (п. 43).

Приведенная расшифровка вещественного состава основных и оборотных средств сельскохозяйственного производственного кооператива показывает, что эта экономическая, а точнее бухгалтерская, классификация не соответствует гражданско-правовой классификации вещей на движимые и недвижимые, потребляемые и непотребляемые, но что и те, и другие обнаруживаются в составе и основных, и оборотных средств. Проведенный анализ вещественной структуры баланса сельскохозяйственного производственного кооператива является как бы предисловием к последующему рассмотрению порядка формирования его имущества, соотношения различных фондов.

Изначально формирование паевого фонда сельскохозяйственного производственного кооператива Закон предусматривает за счет внесенного в качестве паевых взносов имущества членов кооператива. При этом под паевым взносом Закон понимает имущественный взнос члена кооператива или ассоциированного члена кооператива в паевой фонд кооператива деньгами, земельными участками, земельными и имущественными долями либо иным имуществом или имущественными правами, имеющими денежную оценку (ч. 9 ст. 1). Исключения составляют кооперативные хозяйства (коопхозы), земельные участки которых, по общему правилу, в паевой фонд кооператива не передаются (п. 4 ст. 3 Закона).

Паевой взнос члена кооператива, вносимый в паевой фонд, может быть обязательным и дополнительным. Первый вносится в обязательном порядке и дает право голоса, право на участие в деятельности кооператива, на пользование его услугами и льготами и на получение полагающихся кооперативных выплат, то есть части прибыли кооператива, распределяемой между его членами пропорционально их личному трудовому участию (в производственном кооперативе) либо участию в хозяйственной деятельности (в потребительском кооперативе). В производственном кооперативе обязательный паевой взнос устанавливается в равных размерах, а в потребительском - пропорционально предполагаемому объему участия члена кооператива в хозяйственной деятельности данного кооператива (п. 3 ст. 35 Закона).

Дополнительный паевой взнос в Законе остался загадочным явлением. Так, согласно статьи 1 дополнительный пай члена кооператива вносится им по своему желанию сверх обязательного паевого взноса с правом на получение дивидендов из прибыли. Размер и условия внесения дополнительного паевого взноса устанавливаются уставом кооператива (п. 4 ст. 35 Закона). Судя по обозначенным здесь условиям (по желанию, по установленному размеру) можно предположить, что речь идет о дополнительном взносе члена кооператива, необходимость которого может быть вызвана потребностями восполнения или увеличения паевого фонда в процессе деятельности кооператива (и производственного, и потребительского). Но, в таком случае, размер должен устанавливаться не уставом, а решением общего собрания и может носить обязательный характер. Например, согласно пункта 3 статьи 37 Закона члены потребительского кооператива обязаны в течение трех месяцев после утверждения годового баланса покрыть образовавшиеся убытки либо за счет резервного фонда, либо путем внесения дополнительных взносов. Но остались под вопросом обозначенные условия (по желанию и по установленному размеру) относительно всех колхозов и многочисленных производственных кооперативов, сохранивших свою прежнюю форму хозяйствования и в самом начале аграрной реформы, и в последующие годы.

Дело в том, что, как показывает практика в Оренбургской области, сельскохозяйственные кооперативы при приведении уставов в соответствие с Законом установили в учредительных документах мизерные величины обязательного паевого взноса члена кооператива, а разница между стоимостью имущественного пая каждого члена кооператива и установленным размером обязательного паевого взноса объявлялась в уставах и зачислялась по бухгалтерским документам и в его членскую книжку как дополнительный пай. Юридическую процедуру трансформации имущественного пая в паевой взнос в двух категориях (обязательный и дополнительный) Закон не устанавливает, поскольку формулы «по желанию» и «в установленных размерах» в данной ситуации были бы практически не реализуемы (в противном случае наступили бы весьма неблагоприятные для самого кооператива и большинства его членов последствия, связанные с разделом имущества). Следовательно, «правовой образ» дополнительного пая, прописанный в статьях 1 и 35 Закона, несостоятелен применительно к членам кооператива.

Вопросы определения размеров паевого фонда кооператива и обязательного паевого взноса в соответствии с пунктом 2 статьи 35 Закона отнесены к компетенции собрания членов кооператива, при этом член производственного кооператива должен внести не менее 10 процентов от обязательного паевого взноса к моменту государственной регистрации кооператива, остальную часть обязательного паевого взноса - в течение года с момента государственной регистрации кооператива (п. 7), а для члена потребительского кооператива процент внесенного до государственной регистрации кооператива обязательного паевого взноса увеличен до 25, оставшаяся же часть вносится в сроки, предусмотренные уставом потребительского кооператива (п. 8).

На наш взгляд, процедура внесения паевых взносов в паевую фонд сельскохозяйственного кооператива излишне жестко регламентирована. Поэтому целесообразно рассматриваемую норму изложить в Законе диспозитивно, предоставив право решать кооперативу вопрос о внесении обязательных паевых взносов для отдельных членов в рассрочку, продолжительность которой устанавливать индивидуально¹.

Нечеткость, неопределенность условий и обстоятельств - таково общее свойство множества норм Закона. Это можно проиллюстрировать на следующем примере. Закон, на первый взгляд, дает ответ на вопрос об учете и оценке паевых взносов членов кооператива. В случае внесения в счет паевого взноса земельных и имущественных долей и иного имущества (за исключением земельных участков) или имущественных прав денежная оценка паевых взносов производится правлением кооператива и утверждается общим собранием членов кооператива.

Закон предусматривает и другой вариант проведения оценки паевых взносов: общее собрание членов кооператива может утвердить методику денежной оценки передаваемого имущества и поручить правлению кооператива на основе этой методики организовать работу по денежной оценке указанного имущества. Результаты данной оценки подлежат утверждению наблюдательным советом кооператива, а на общее собрание членов кооператива выносятся лишь спорные вопросы по денежной оценке передаваемого имущества (п. 5 ст. 35). Кроме того, по решению общего собрания членов сельскохозяйственного

¹ Дворкин Б.З., Черняев А.А., Глебов И.П. Кооперация в АПК: уроки прошлого и проблемы ее возрождения. // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. 1997. №11. С. 40.

кооператива денежная оценка паевого взноса может быть подвергнута независимой экспертной проверке. В случае внесения в счет паевого взноса земельных участков их денежная оценка проводится в соответствии с законодательством Российской Федерации об оценочной деятельности.

На самом же деле это наиболее слабо разработанный и спорный вопрос. О какой местной методике может идти речь, если не существует еще и примерной. Здесь нет ни слова о роли кадастровой оценки земли, о централизованных установках по оценке основных средств и иного имущества юридических лиц, о его переоценке и индексации. Отнесение решения всех вопросов по оценке имущества и особенно земельных участков к полной компетенции органов управления кооператива, по меньшей мере, несерьезно с позиции их недостаточного профессионально-квалификационного уровня, по большей - неправомерно с позиции защиты интересов кредиторов, для которых всякое завышение стоимости паевого фонда как гаранта материального обеспечения возврата их кредитов нежелательно, ибо влечет за собой определенный риск. В этом заинтересованы и налоговая служба, и внебюджетные фонды. Кроме того, в Законе не сделана даже попытка определить принципы оценки паевого взноса (особенно ассоциированных членов) в форме права пользования земельным участком, земельной долей или иным имуществом.

Весьма своеобразен статус паевого фонда и отдельных его составных частей. В отличие от уставных фондов (капиталов) хозяйственных обществ, для паевого фонда сельскохозяйственных кооперативов (производственных и потребительских) не установлены минимальные (ограничительные) жесткие процедурные нормы динамики его размеров и это, по мнению автора, правильно. Кроме того, Законом изобретен специфический для этих кооперативов источник увеличения паевого фонда - так называемый «приращенный пай», который согласно пункта 1 статьи 36 образуется за счет полученной в году прибыли, направляемой на так называемые кооперативные выплаты. Таким образом, весь паевой фонд членов кооператива и, соответственно, индивидуальные паи каждого члена кооператива состоят из трех частей: 1) обязательный паевой взнос члена кооператива и их сумма в паевом фонде; 2) дополнительный паевой взнос члена кооператива и их сумма в паевом фонде; 3) приращенный пай члена кооператива и их сумма в паевом фонде.

Паевой фонд кооператива может иметь и четвертую составную часть - совокупность паевых взносов ассоциированных членов, по которым, по общему правилу, выплачиваются дивиденды из прибыли.

В ходе деятельности сельскохозяйственного кооператива его паевой фонд может быть увеличен за счет прибыли по мере возрастания потребности в основных и оборотных средствах производства или уменьшен по решению общего собрания членов кооператива. При этом Закон ограничивает размер паевого фонда размером чистых активов кооператива. В случае, если размер паевого фонда кооператива превышает размер его чистых активов, за вычетом средств неделимого фонда, паевой фонд кооператива уменьшается на указанную разницу путем пропорционального сокращения паевых взносов членов кооператива, паевых взносов ассоциированных членов кооператива и приращенных паев членов кооператива (п. 9 ст. 35). Следовательно, в отношениях ответственности по обязательствам кооператива все его члены несут риск в рамках принадлежащей каждому из них доли в имуществе кооператива.

Спорен двуликий правовой статус приращенного пая: как вытекает из пункта 9 статьи 35, он приравнен к паевому взносу, неся на себе риск по обязательствам кооператива и по признаку неначисления на него дивидендов (нераспределение прибыли по паям является одним из основных принципов кооперативных формирований, признанных в мировой теории и практике). С другой стороны, приращенный пай, согласно пункта 3 статьи 36, носит подвижный характер, он присутствует в паевом фонде лишь временно и через какой-то период возвращается его вкладчику в неизменном виде (то есть в номинальной величине), выполняя, таким образом, роль беспроцентного займа кооперативу.

В.Ф. Вершинин и Ю. Шаффланд, комментируя пункт 3 статьи 36 Закона, пишут, что основная часть приращенных паев используется на создание и расширение производственных фондов кооператива и что, по своей сути, это авансированный капитал, который ежегодно, если есть прибыль, члены кооператива предоставляют кооперативу для развития его производственной базы. При этом такой авансированный капитал может использоваться кооперативом неограниченно длительное время и без уплаты каких-либо дивидендов, а после того, как в кооперативе будут сформированы предусмотренные уставом фонды и появятся дополнительные средства, об-

щее собрание может принять решение о начале погашения приращенных паев, и, в первую очередь, тех из них, которые сформированы в более ранние сроки¹. Давая образную характеристику этого феномена, они сравнивают порядок погашения приращенных паев с работой водяного колеса, когда «вода», то есть кооперативные выплаты, оставшиеся в кооперативе, вращают колесо кооператива. В конце оборота колеса «вода» возвращается в источник, то есть удержанные кооперативные выплаты возвращаются членам кооператива, которым они принадлежат².

В этой связи возникает вопрос: обоснована ли эта своеобразная конструкция погашения приращенных паев членам кооператива в ходе его деятельности? Представляется, что природа погашения приращенных паев членам сельскохозяйственного кооператива носит некооперативный характер и не только потому, что не способствует экономической устойчивости производственно-хозяйственной деятельности сельскохозяйственного кооператива. Учет членами кооператива своих собственных интересов может помешать кооперативу вести расширенное воспроизводство и улучшать его материальную базу, поскольку Закон допускает погашение приращенных паев уже при простом воспроизводстве. Главный же недостаток системы возврата приращенных паев состоит в том, что она полностью разрушает конституцию паевого фонда, призванного быть стабильным экономическим и правовым фундаментом хозяйственной деятельности кооператива.

Безусловно, проблему стабилизации основной части имущества, представленной основными и оборотными средствами производства, решать нужно. В этих целях представляется возможным и целесообразным формирование в кооперативе специального фонда, предназначенного для погашения не только приращенных, но и всех паев выходящих членов кооператива.

Приведенная выше характеристика материального содержания имущества сельскохозяйственных кооперативов позволяет сделать вывод о чрезвычайной важности правильного выбора объектов имущества, зачисляемых в паевой и неделимый фонды кооператива. Закон, определяя правовой режим паевого фонда, не учитывает изменений в структуре источни-

¹ Вершинин В.Ф., Шаффланд Ю. Комментарий к Федеральному закону «О сельскохозяйственной кооперации». - М., 1997. С. 161.

² Там же. С. 163.

ков формирования имущества кооперативов, произошедших в ходе аграрной реформы: стоимость основных и оборотных средств производства, составлявшая ранее неделимый фонд, во многих хозяйствах частично или полностью превращена в паевой фонд путем распределения на имущественные паи членов колхозов¹. Известно, что та часть колхозной собственности, которая включала основные и приравненные к ним средства производства, а также денежные средства, предназначенные на капиталовложения, исторически включалась в неделимый фонд², преследуя цель обеспечения хозяйственной устойчивости колхозов, что не свойственно паевому фонду сельскохозяйственного кооператива, поскольку он, имея природу делимого имущества, не создает гарантии сохранности основных средств, составляющих материально-техническую основу кооперативной собственности, так как Закон предусматривает не только погашение приращенных паев в ходе деятельности кооператива, но и выдел пая члену кооператива при его выходе из состава последнего.

Обращаясь к истории этого вопроса, вспомним: реализация неконституционной нормы постановления Правительства РФ от 29 декабря 1991 года «О порядке реорганизации колхозов и совхозов»³ о том, что основные и оборотные средства указанных хозяйств являются общей долевой собственностью их членов (работников), привела к тому, что и в нерезформированных колхозах и совхозах все движимое и недвижимое имущество было разделено на имущественные паи и таким образом были разрушены их неделимые фонды, уступив место нестабильным паевым фондам. В состав последних вошло даже недвижимое имущество, которое не только носит неликвидный характер, но и неделимо по своему функциональному назначению: это объекты производственной и социальной инженерной инфраструктуры, которыми пользовались не только колхозы и совхозы как хозяйствующие субъекты, но и все население, проживающее на их территории. Это подорвало финансово-экономический и социальный фундамент в деятельности сохранившихся колхозов и совхозов и создало

¹ Аграрное право. Учебник для вузов. / Под ред. Г.Е. Быстрова, М.И. Козыря. - М., 1998. С. 158.

² Анализ структуры неделимых фондов колхозов см., например, у Петрова В.В., Архипова И.Н. / Петров В.В. Правовое положение неделимого фонда колхоза. Автореф. диссканд. юрид. наук. - М., 1962. С. 5; Архипов И.Н. Правовое положение колхозных фондов в СССР. Диссканд. юрид. наук. - М., 1972. С. 38.

³ Сборник постановлений Правительства РФ. 1992. №1-2. Ст. 9.

серьезные трудности при их реорганизации. Решить эти трудности в последнем случае законодатель попытался путем рекомендаций ряда вариантов решений в статье 10 Закона. Однако проблема неделимых фондов в существующих и вновь создаваемых производственных кооперативах (колхозах) не решена с позиции закрепления соответствующей обязанности кооперативов. Закон в пункте 5 статьи 34 слепо следует неверной установки Гражданского кодекса РФ (ст. 109) о том, что создание неделимых фондов в производственных кооперативах – вопрос чисто уставного порядка, они могут быть или не быть, если нет на то единогласного решения.

На основе уже имеющегося опыта Департамент АПК Оренбургской области пошел дальше Закона, рекомендовав создание неделимых фондов в сельскохозяйственных кооперативах в пределах 40 процентов от суммы их основных средств производства. Все сельскохозяйственные производственные кооперативы, функционирующие на территории области, создали неделимые имущественные фонды¹. Материальное содержание неделимых фондов составляют мастерские, гаражи, сушилки, склады, мельницы, механизированные тока, цеха по переработке продукции, другие здания и сооружения производственного и непромышленного назначения. Формирование неделимых фондов производится за счет части паевых взносов бывших членов реорганизуемых хозяйств, крестьянских (фермерских) хозяйств.

В Законе вопрос определения материального (вещественного) состава неделимых фондов (в случае их создания) решен косвенно: поскольку в пункте 7 статьи 37 гарантируется, по общему правилу, сохранность рабочего, продуктивного и племенного скота, сельскохозяйственной техники и транспортных средств, семенных и фуражных фондов и иного имущества при обращении кредиторов о взыскании долгов кооператива, то даже логика этой нормы говорит о необходимости включения указанного имущества в неделимые фонды. К такому подходу призывают и традиции колхозного строительства, которым было свойственно гарантировать сохранность указанных видов имущества как материально-экономической основы ведения сельского хозяйства.

Разрушение идеи неделимости части имущества кооперативных организаций было положено в нормативно-правовых

¹ Информация Комитета реформирования, развития и кооперации Департамента АПК Администрации Оренбургской области.

актах начала аграрной реформы и реализовано в Примерном Уставе колхоза (сельскохозяйственного производственного кооператива), утвержденного Съездом колхозников РФ 13 февраля 1992 года¹. Этот документ был несостоятелен с точки зрения юридической техники, поскольку противоречил действовавшему в тот период Закону о кооперации в СССР². Устав характеризовал неделимые фонды как общую совместную собственность членов хозяйства, а паевой капитал - как коллективно-долевою собственностью (п. 22). Таким образом, согласно Уставу кооператив не являлся собственником принадлежащего ему имущества, а значит, и не являлся юридическим лицом.

Курс на нестабильность экономического положения сельскохозяйственных кооперативов, как сказано выше, сохранен и в ныне действующем Законе о сельскохозяйственной кооперации, который содержит лишь рекомендацию о возможности формирования части имущества кооператива с режимом неделимого фонда: Уставом сельскохозяйственного кооператива может быть предусмотрено, что определенную часть принадлежащего кооперативу имущества составляет его неделимый фонд. При этом решение об образовании, о размере неделимых фондов и видах относимого к неделимым фондам имущества принимается членами кооператива единогласно, если иное не предусмотрено уставом кооператива (п. 5.2. ст. 34 Закона). При этом источником формирования неделимых фондов кооператива является только прибыль кооператива (п. 1 ст. 36 Закона), тогда как, согласно Примерных Уставов сельскохозяйственной артели 1930³ и 1935⁴ годов, в неделимый фонд артели (колхоза) поступала значительная часть вступительных взносов новых членов артели, создающая экономическую основу ее функционирования.

Такая позиция законодателя вызвала возражения ученых. В частности, М.И. Козырь отмечает, что вопрос образования неделимых фондов нельзя полностью оставлять на усмотрение органов управления самого кооператива. Настало время внести в Федеральный закон «О сельскохозяйственной кооперации» изменения, обязывающие хозяйства формировать неделимые фонды, производя в них соответствующие отчисления от

¹ Всероссийская еженедельная газета «Нива России». 1992. №10.

² Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. №22. Ст. 355. С послед. изм. и доп.

³ Собрание законодательства СССР. 1930. №24. Ст. 255.

⁴ Собрание законодательства СССР. 1935. №11. Ст. 82.

прибыли¹. На необходимость закрепления в Законе требования об обязательном формировании в кооперативах неделимого фонда ряд ученых указывали и ранее, начиная со времени принятия Закона о сельскохозяйственной кооперации². Однако соответствующие изменения в Закон так и не вошли.

С учетом изложенного, следует, по мнению автора, считать достаточно обоснованным требование об обязательном формировании неделимого фонда для сельскохозяйственных кооперативов, оно должно быть представлено в Законе не только как право, но и как обязанность каждого кооператива без условия единогласия на это его членов.

Учитывая все сказанное, подчеркивая, что неделимый фонд кооператива является существенной гарантией жизнеспособности сельскохозяйственной организации, представляется необходимым внести отдельные корректировки в Закон, предоставив возможность кооперативу включать хотя бы часть земли в неделимый фонд кооператива, особенно ту ее часть, которая наиболее необходима для осуществления производственно-хозяйственной деятельности кооператива. Такое решение имеет большое значение особенно в свете реализации предоставленного статьей 18 Закона права на возврат паевого взноса в виде земельного участка при выходе из кооператива.

Обосновывая необходимость внесения земель сельскохозяйственного кооператива в неделимый фонд, следует иметь в виду и тот факт, что кооператив отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом (п. 1 ст. 37 Закона), за исключением, по общему правилу³, неделимых фондов и некоторого другого имущества (п. 7 ст. 37 Закона). Следовательно, закрепляя землю в составе паевого фонда, кооператив несет риск ее потери при погашении задолженности по имеющимся обязательствам.

Поскольку государство взяло на себя обязанность стимулировать создание и поддерживать деятельность кооперативов, осуществляя при этом информационное обеспечение (п. 1 ст. 7 Закона), необходимо разработать на федеральном уровне нормативные акты ведомственного характера, посредством которых довести до сведения кооперативов как юридических

¹ Международный конгресс по правовым проблемам аграрной и земельной реформы. // Гос. и право. 2000. №12. С. 109.

² Палладина М.И. Закон о сельскохозяйственной кооперации – значительно ли правовое достижение? // Гос. и право. 1996. №6. С. 94; Егерева О.А. Аграрная реформа и развитие сельскохозяйственной кооперации в России. - М., 1998. С. 51.

³ См. части 3 и 4 пункта 7 статьи 37 Закона.

лиц информацию о последствиях внесения в паевой фонд земельных участков (долей) на различных правовых основаниях и обоснованной необходимости закрепления земли в неделимых фондах.

Кроме того, абсолютно бесспорно, что в числе объектов неделимых фондов кооперативов должны учитываться и находящиеся на их балансе объекты социально-бытового назначения. На эту мысль наводит содержание пункта 3 статьи 44 Закона, гарантирующего сохранность объектов социальной инфраструктуры даже при ликвидации сельскохозяйственного кооператива в случае, если данные объекты входят в его неделимый фонд. Эти объекты разделу не подлежат и передаются на основании решения общего собрания членов кооператива органу местного самоуправления.

В начале проводимой аграрной реформы в ряде нормативных актов правительства РФ¹, ведомственных актах Министерства сельского хозяйства РФ² была предусмотрена в произвольной форме передача или продажа в муниципальную собственность объектов социальной сферы, жилого фонда, систем энергообеспечения, водоснабжения, газоснабжения и других. Допускалась и сдача таких объектов соответствующим органам в аренду.

В 1995 году сельскохозяйственным организациям предлагалось уже исключительно безвозмездно передать объекты социальной сферы и инженерной инфраструктуры в муниципальную собственность. Мотивировалось проведение этого мероприятия улучшением функционирования объектов социальной и инженерной инфраструктуры в сельской местности и освобождением сельскохозяйственных товаропроизводителей от несвойственных им функций по содержанию и развитию названных объектов. Решение о передаче указанного имущества сельскохозяйственными организациями принималось в добровольном порядке³.

¹ См.: постановление Правительства РФ от 29 декабря 1991 г. "О порядке реорганизации колхозов и совхозов". // Сборник постановлений Правительства РФ. 1992. №1-2. Ст. 9; постановление Правительства РФ от 4 сентября 1992 г. "О порядке приватизации и реорганизации предприятий и организаций агропромышленного комплекса". // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. №12. Ст. 931.

² См. Рекомендации по реорганизации колхозов и совхозов. Письмо Минсельхозпрода России от 14 января 1992 г. // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий, 1992, №5-6.

³ См.: постановление Правительства РФ от 1 февраля 1995 г. "О порядке осуществления прав собственников земельных долей и имущественных паев"; постановление Правительства РФ от 17 июля 1995 г. "О передаче объектов социальной и инженерной инфраструктуры сельскохозяйственных организаций в муниципальную собственность". // Собрание законодательства РФ. 1995. №30. Ст. 2945.

Акты в продолжение политики государства на закрепление объектов социальной сферы и инженерной инфраструктуры за муниципальными образованиями принимались и в последующем¹. Реально осуществлялась передача объектов социальной и инженерной инфраструктуры сельскохозяйственных предприятий, организаций в муниципальную собственность. Например, в Оренбургской области за период с 1991 года по 2000 год было передано в муниципальную собственность органам местного самоуправления 65 библиотек, на балансе сельскохозяйственных предприятий осталось 19, больниц соответственно - 690 и 310, магазинов - 64 и 243, столовых - 10 и 296, водозаборных сооружений - 37 и 1201 и так далее².

С позиции временного экономического облегчения решение о передаче объектов социальной и инженерной инфраструктуры села представляется верным, но с учетом важности нормального функционирования этих объектов вызывает сомнение. Во-первых, сельскохозяйственные организации расходовали на содержание объектов социальной сферы и инженерной инфраструктуры меньше, нежели в настоящее время платят в форме налогов³. Во-вторых, муниципальные образования не подотчетны и не подконтрольны тем сельскохозяйственным организациям, которые пользуются услугами переданных в муниципальную собственность их же объектов. Таким образом, функционирование объектов социальной сферы и инженерной инфраструктуры оказалось обособлено от нужд населения. По мнению руководителей сельскохозяйственных организаций, это отрицательно сказывалось на качестве предоставляемых услуг и их стоимости, а значит, и на их деятельности⁴.

¹ См., например, Указ Президента РФ от 16 апреля 1996 г. "О мерах по стабилизации экономического положения и развитию реформ в агропромышленном комплексе"; Письмо Министерства сельского хозяйства РФ от 13 декабря 2000 г. "О ходе передачи объектов социальной и инженерной инфраструктуры сельскохозяйственных организаций в муниципальную собственность органам местного самоуправления"; Приказ Министерства сельского хозяйства РФ от 9 апреля 2001 г. №340 "Об организационных мерах по реформированию жилищно-коммунального хозяйства и объектов социальной сферы в сельской местности".

² Информация о ходе передачи объектов социальной и инженерной инфраструктуры сельскохозяйственных организаций в муниципальную собственность на 1 января 2001 г. предоставлена отделом по инвестиционным проектам, реконструкции и строительству Департамента АПК Администрации Оренбургской области.

³ Интервью с А.Х. Ямалеевым, главным специалистом отдела реформирования экономически неэффективных сельскохозяйственных предприятий и развития кооперации Департамента АПК Администрации Оренбургской области. 27 июля 2001 г.

⁴ Интервью с А.А. Моисеевым, председателем колхоза им. Московского Гарнизона Первомайского района Оренбургской области. 28 сентября 2001 г.

С другой стороны, в ведомственных нормативных актах была отмечена закономерная сдержанность процесса передачи объектов социальной и инженерной инфраструктуры села¹, что объяснимо как с экономической, так и с правовой точек зрения. Последняя находит свое закрепление в Конституции Российской Федерации² и в Федеральном законе от 28 августа 1995 года «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»³, в соответствии с которыми органам местного самоуправления гарантирована самостоятельность в решении вопросов местного значения (ст. 130 Конституции РФ, ст. 2 Закона о местном самоуправлении). Об автономии муниципальных образований свидетельствует и четкое закрепление предметов ведения местного самоуправления (ст. 6 Закона о местном самоуправлении). При этом наделение органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями с передачей необходимых для их осуществления материальных и финансовых средств возможно только на основании закона (ст. 132 Конституции РФ, ст. 4 Закона о местном самоуправлении), а никак не подзаконных нормативных актов. Но государство утратило право распоряжаться имуществом реорганизованных хозяйств, в том числе и объектами социальной и инженерной инфраструктуры, поскольку колхозы изначально являлись собственниками находящегося на их балансе имущества, а совхозы были признаны негосударственными на основании дополнения, внесенного в статью 12 Конституции РСФСР Законом РФ от 15 декабря 1990 года «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР»⁴.

На основании изложенного выше представляется правильным создание неделимых фондов за счет стоимости недвижимого имущества производственного и социально-бытового назначения, во-первых, по причине неликвидности указанного имущества по своей материальной природе, во-вторых, в силу его особого функционального назначения.

Резервный фонд сельскохозяйственного кооператива формируется, в первую очередь, для покрытия убытков коопера-

¹ См.: Приказ Министерства сельского хозяйства и продовольствия РФ от 10 июля 1996 г. «О мерах по обеспечению сохранности и функционирования социальной и инженерной инфраструктуры села».

² Российская газета, 1993, 25 декабря.

³ Собрание законодательства РФ. 1995. №35. Ст. 3506.

⁴ См.: Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. №29. Ст. 395.

тива (п. 69 Положения по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в РФ). Предназначение резервный фонд находит и в пополнении оборотных средств, осуществлении иных мероприятий, связанных с поддержкой стабильного состояния производства, а также в погашении (выкупе) вкладов выбывающих членов в случае отсутствия иных средств¹. Этот фонд является неделимым, его формирование обязательно, размер должен составлять не менее 10 процентов от размера паевого фонда кооператива. Размер, сроки и порядок формирования и использования резервного фонда определяется уставом сельскохозяйственного кооператива (п. 6 ст. 34 Закона).

Источником формирования резервного фонда является прибыль кооператива (п. 1 ст. 36 Закона). На практике отсутствие прибыли ведет к ситуации, когда образование резервного фонда не происходит. Вместе с тем, формирование резервного фонда для сельскохозяйственных кооперативов - настоятельная необходимость, поскольку сельское хозяйство не относится к стабильным отраслям экономики с планируемыми возможностями и результаты сельскохозяйственной деятельности зависят от природно-климатических условий. Отсутствие резервного фонда ведет к покрытию убытков кооператива за счет, прежде всего, уменьшения оборотных средств, и, следовательно, паевого фонда, что в производственных кооперативах влечет за собой уменьшение размеров приращенных паев или дополнительное внесение паевых взносов (п. 6 ст. 36 Закона)², а в потребительских кооперативах - внесение дополнительных взносов (п. 3 ст. 37 Закона). Результатом такого положения вещей может стать ликвидация сельскохозяйственного кооператива. В связи с изложенным выше представляется возможным предусмотреть в качестве первоначального другой источник формирования резервного фонда, а именно: передача всего 10 процентов от обязательного паевого взноса в резервный фонд, что не будет слишком обременительным для членов кооператива, но позволит им создать хотя бы некую гарантию продолжения сельскохозяйственной деятельности. Текущее пополнение резервного фонда должно проходить в порядке, установленном Законом. Это

¹ Аграрное право. Учебник для вузов. / Под ред. Г.Е. Быстрова, М.И. Козыря. - М., 1998. С. 159.

² Почему-то здесь не упомянуты обязательные паи, которые несут те же последствия согласно пункта 9 статьи 35 Закона.

предложение в равной мере относится и к формированию неделимых фондов сельскохозяйственных кооперативов.

На основании вышеизложенного следует сделать выводы. Во-первых, внести изменения в Закон о сельскохозяйственной кооперации, предусмотрев в числе источников формирования резервного и неделимого фондов кооператива некоторую часть паевых взносов членов кооператива.

Во-вторых, обязать как функционирующие, так и вновь образуемые сельскохозяйственные кооперативы формировать неделимые фонды, в состав которых необходимо включать все основные средства производства, объекты социальной и инженерной инфраструктуры, находящиеся на балансе организаций.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ПРИНЦИПОВ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

*Михайлова Е.С. -
к.ю.н., доцент кафедры административного
и финансового права*

Каждая отрасль права строится на основе собственных (кроме общих и межотраслевых) правовых принципов. Принципы определяют самостоятельность отрасли наравне с предметом и методом правового регулирования, поэтому они составляют сущность конкретной отрасли права.

Роль принципов административного права заключается в выражении ими сущности регулируемых отраслью права отношений, закреплении правовой политики государства, способствовании правильной реализации правовых норм, их толкованию, применению и восполнению пробелов. Естественно, что данные функции принципы выполняют в наиболее обобщенном, открытом для понимания виде. Произошедшие в России изменения в экономике, политике, праве оказали существенное влияние на формирование принципов административного права. Своеобразие их развития было обусловлено различными факторами, в числе которых: политическая направленность общества, присутствующая в нем идеология, особенности развития государства в данный временной промежуток, уровень сформированности правосознания и др.

Принципы права - это основные идеи, исходные положения или ведущие начала процесса формирования, разви-

тия и функционирования права. Принципы права выступают в качестве своеобразной несущей конструкции, на которой покоятся и реализуются не только отдельные нормы права, институты или отрасли права, но и вся система права¹.

Как указывает профессор Ю.А. Тихомиров, принципы служат теоретико-познавательным фундаментом отрасли и своего рода ценностным ориентиром для правотворчества и правоприменения в данной сфере².

Таким образом, принципы административного права, являясь основополагающими идеями, выражают как сущность регулируемых отраслью общественных отношений, так и определяют назначение и содержание норм административного права, служат базисом для совершенствования административного законодательства и достижения единообразия правоприменения.

В.И. Зажицкий отмечает, что правовые принципы формируются учеными на основе достижений правовой мысли за всю историю цивилизации, отечественных достижений, а также с учетом специфических объективных закономерностей общества³.

В связи с этим заслуживает внимания мнение тех ученых, которые считают, что принципы не остаются неизменными, они меняются вслед за той действительностью, которую отражают⁴.

Таким образом, принципы являются прежде всего объективной категорией. Причем, как утверждают С.Г. Келина и В.Н. Кудрявцев, каждой исторической эпохе присущи свои правовые принципы, кроме того, обычно выделяются и закрепляются в законе именно те основные начала правовой системы, которые имеют в данных социально-экономических и политических условиях наиболее важное, а подчас и решающее значение, как, например, принцип равенства граждан перед законом в борьбе с феодализмом или принцип защиты интересов трудящихся в период пролетарской революции⁵.

¹ Теория государства и права: Курс лекций. / Под ред. М.Н. Марченко. - М.: Зерцало, Теис, 1996. С. 292.

² Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс: полный курс. - М.: Изд. Тихомирова М.Ю., 2005. С. 59.

³ Зажицкий В.И. Правовые принципы в законодательстве Российской Федерации. // Государство и право. 1996. №11. С. 23.

⁴ Лукашева Е.А. Принципы социалистического права. // Советское государство и право. 1970. №6. С. 24.

⁵ Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. - М., 1988. С. 23.

Вместе с тем, нельзя не отметить, что правовая природа принципов административного права проявляется в единстве объективного и субъективного факторов. Принцип объективен, т.к. он берет начало в социально-экономических отношениях, в правовой политике государства. Появление, изменение или прекращение существования принципа административного права обусловлено потребностями и закономерностями развития общества на определенном его этапе. С другой стороны, принципы административного права рассматриваются и как результат правотворческой деятельности конкретного субъекта.

Это объясняется еще и тем, что происхождение принципов административного права относится к области правосознания, формирующему определенные руководящие идеи.

Принято считать, что основополагающие идеи становятся принципами права с момента их закрепления в нормативно-правовом акте. Но как полагает Р.Л. Иванов¹, принципами права являются не только те, которые закреплены в законодательстве и иных источниках правовых норм, но и основополагающие идеи правосознания, получившие общее признание в деятельности органов правосудия, иных субъектов внутригосударственного и международного права несмотря на отсутствие их формальной фиксации в объективном праве.

Проходя в своем развитии через множество субъективных факторов, важно, чтобы принцип административного права совершенствовался и оттачивался. Необходимо не допускать его деформации и потери первоначального смысла.

С субъективным началом правовой природы принципов административного права связано и то, что содержание того или иного принципа может быть не закреплено в конкретной правовой норме. Оно выводится путем сложных логических сопоставлений, умозаключений, анализа содержания других норм, научных взглядов, судебной практики. В итоге исследователи неоднозначно толкуют содержание одного и того же принципа, неоднозначно определяют количество самих принципов и их названия.

В отличие от нормативно не закрепленных принципов (зачастую находящихся в стадии становления), нормы-принципы обладают рядом неоспоримых достоинств. Они отличаются стабильностью и, как правило, не изменяются на протяжении действия закона. Иначе нарушается первоначальный

¹ Иванов Р.Л. О понятии принципов права. // Вестник Омского университета, 1996. Вып. 2. С. 116-117.

смысл нормативного акта, а также возникает противоречие норм требованиям нового принципа.

Нормы-принципы носят императивный характер, их требования строго обязательны и не допускают отступлений.

Нормы-принципы распространяют свое действие на весь нормативный правовой акт, а соответственно, и на все иные правовые акты управления, принимаемые на его основе. Такие нормы зачастую содержатся в нормативно-правовом акте, который является базовым для соответствующего института административного права. Например, к числу таких актов можно отнести Федеральный закон «О системе государственной службы Российской Федерации» от 11 ноября 2003 года №141-ФЗ.

Предписания норм-принципов кратки и лаконичны, они обладают высоким уровнем обобщения. Это необходимо, в том числе, для удобства их дальнейшего применения.

Анализируя сформулированные в различных актах административного права принципы, можно прийти к выводу, что ему присущи как общеправовые принципы, свойственные всем отраслям права, межотраслевые, характерные для ряда отраслей, имеющих публично-правовую направленность, так и собственные, индивидуальные принципы административного права и принципы, действующие внутри институтов.

Общеотраслевые принципы берут свое начало из Конституции Российской Федерации, базируются на тех ее положениях, которые составляют основу конституционного строя страны. К таким общеотраслевым принципам, действующим и в административном праве, следует отнести:

- принцип равенства перед законом;
- принцип законности;
- принцип приоритета интересов личности в жизни общества;
- принцип гласности;
- принцип ответственности и другие.

К межотраслевым принципам публичного права (к числу отраслей которого, кроме административного права, можно отнести, например, конституционное, уголовное, муниципальное право) относятся:

- принцип федерализма;
- принцип разделения властей;
- принцип разграничения полномочий между органами государственной власти и местного самоуправления;
- принцип народовластия и другие.

Собственно административно-правовые принципы, характерные для данной отрасли:

- принцип обеспечения публичного интереса;
- принцип единства системы исполнительной власти;
- принцип подзаконного характера деятельности субъектов государственного управления;
- принцип иерархичности и подотчетности;
- принцип обеспечения прав и законных интересов граждан и юридических лиц и другие.

И, наконец, принципы, действующие внутри институтов. К ним можно отнести достаточно большое количество разнообразных принципов. Например, в области построения и функционирования государственной службы действует:

- принцип равного доступа граждан к государственной службе;
- принцип взаимосвязи государственной и муниципальной службы;
- принцип профессионализма и компетентности государственных служащих;
- принцип стабильности гражданской службы;
- принцип защиты государственных гражданских служащих от неправомерного вмешательства в их профессиональную деятельность и другие.

Основываясь на единстве субъективного и объективного в природе образования и развития принципов административного права, можно проанализировать современные факторы формирования новых принципов отрасли. Руководствуясь названными предпосылками, на основе исследования современных концепций развития государственной политики, изменений в социально-политической основе жизни общества, следует ожидать появления в ближайшем будущем новых ценностных ориентиров для правотворчества и правоприменения. Среди наиболее значимых отметим принцип эффективности государственного управления и принцип взаимодействия с гражданским обществом. Созданы предпосылки теоретического исследования и нормативного закрепления данных принципов административного права.

Являясь фундаментом отрасли, принципы подвержены активным изменениям, обусловленным множеством факторов. Систематизация этих факторов, их изучение способствуют созданию более гибкой системы административного права, учитывающей потребности общества.

ФИНАНСОВЫЙ КОНТРОЛЬ И МЕСТО БУХГАЛТЕРСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ РАСХОДОВ

*Обухова Т.И. -
старший преподаватель кафедры административного
и финансового права*

Государство реализует свою внешнюю и внутреннюю политику, обеспечивает выполнение социально-экономических программ, используя имеющиеся финансовые ресурсы. Одновременно государство осуществляет соответствующий контроль над законным формированием и расходованием финансов. Практически не подвергается сомнению тот факт, что государственный финансовый контроль является одним из важнейших составных элементов управления страной. Без здоровой и эффективной системы государственных финансов нельзя достичь успехов ни в экономике, ни в социальной сфере. Создание такой системы невозможно без организации финансового контроля, который во многом определяет успешную реализацию государственной внешней и внутренней политики.

Существование финансового контроля, как считает доктор юридических наук, профессор Е.Ю. Грачева¹, объективно обусловлено наличием контрольной функции, присущей финансам, которые, будучи инструментом формирования и использования денежных доходов и фондов, объективно отражают ход распределительного процесса. Названная функция проявляется в контроле над распределением валового внутреннего продукта по соответствующим фондам и расходованием их по целевому назначению.

В условиях перехода на рыночные отношения финансовый контроль обеспечивает динамичное развитие общественного и частного производства. Он охватывает производственную и непроизводственную сферы и обеспечивает повышение экономического стимулирования, рациональное и бережливое расходование материальных, трудовых, финансовых ресурсов и природных богатств, сокращение непроизводительных расходов и потерь, пресечение расточительности, бесхозяйственности.

Однако, на наш взгляд, в стране пока отсутствует единая концепция государственного контроля, нет законодательного

¹ Финансовое право в вопросах и ответах: учеб. пособие. / Е.Ю. Грачева, М.Ф. Ивлиева, Э.Д. Соколова; отв. ред. Е.Ю. Грачева. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2006, С. 42.

определения многих категорий и понятий, нет четкого разграничения функций между субъектами контроля.

Контроль за финансовой и хозяйственной деятельностью хозяйствующих субъектов и есть финансовый контроль. Он предполагает необходимость осуществления многих видов контроля и охватывает комплекс тех хозяйственных отношений, от которых зависят размеры фондов денежных средств и эффективность их использования.

Финансовый контроль - это контроль государства за производством, распределением и использованием совокупного общественного продукта и национального дохода.

Финансовый контроль является важнейшим средством обеспечения законности в финансовой и хозяйственной деятельности. Он предупреждает бесхозяйственность и расточительность, выявляет факты злоупотреблений и хищений товарно-материальных ценностей и денежных средств.

Поскольку целью осуществления контрольных функций является выявление нарушений, то, по нашему мнению, его действенность зависит, прежде всего, от четкости формулировок в нормативно-правовых актах содержания и признаков определенного вида нарушений и установления ответственности за совершенное финансовое нарушение с определением санкций, адекватных ущербу, нанесенному в результате неправомερных действий или бездействия должностных лиц.

В ходе финансового контроля проверяют: соблюдение требований закона; финансовое состояние, в том числе платежеспособность, эффективность использования трудовых, материальных и финансовых ресурсов хозяйствующих субъектов; правильность исчисления и уплаты налогов.

Задачами финансового контроля на современном этапе развития рыночных отношений являются:

- обеспечение соблюдения законности финансовой деятельности;
- обеспечение своевременного и правильного выполнения обязательств перед государством;
- повышение эффективности работы организации и выявление его внутренних резервов посредством более рационального расходования ресурсов;
- проверка правильности ведения бухгалтерского учета;
- определение размеров ущерба, при его выявлении; выявление и объективное исследование возможной ответственности за причиненный ущерб.

Доктор юридических наук, профессор С.О. Шохин¹, указывает на то, что в зависимости от времени проведения финансовый контроль подразделяется на предварительный, текущий и последующий.

Предварительный финансовый контроль проводится до совершения операций, то есть до момента признания расходов таковыми.

Текущий финансовый контроль проводится повседневно при проведении операций.

Последующий финансовый контроль проводится после совершения операций.

Мы считаем, что предварительный и текущий контроль учета расходов предприятий осуществляется в основном работниками коммерческой организации.

Последующий контроль учета расходов помимо бухгалтерских работников коммерческой организации осуществляется аудиторами или аудиторскими фирмами и налоговыми органами при проведении камеральных и выездных проверок. Кроме того, в целях повышения эффективности организации работы по борьбе с правонарушениями в сфере экономики, последующий контроль осуществляется контрольно-ревизионными органами Министерства Финансов РФ, Генеральной прокуратурой РФ, Министерством внутренних дел РФ и Федеральной службой безопасности РФ.

Независимо от органа, осуществляющего финансовый контроль, он должен проводиться в соответствии с принципами: законности, объективности, системности и плановости.

Финансовый контроль осуществляется различными методами. Наиболее распространенными считаются: наблюдение, обследование, проверка, анализ, ревизия. Доктор юридических наук, профессор О.Н. Горбунова² в числе методов финансового контроля называет и экспертизу.

Наблюдение - это ознакомление с состоянием финансовой деятельности проверяемой организации.

Обследование позволяет оперативно выявлять положение дел по определенному вопросу финансово-хозяйственной деятельности с целью необходимости проведения проверки или ревизии.

¹ Финансовое право: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. редактор О.Н. Горбунова. - М.: Юристъ, 2006. С. 92.

² Там же.

Проверка представляет собой контрольное действие по определенному кругу вопросов или эпизоду финансово-хозяйственной деятельности организации. Проверка проводится на месте с изучением балансовых, отчетных и расходных документов и является единичным контрольным действием или исследованием состояния дел на определенном участке деятельности проверяемой организации.

При анализе выявление нарушений финансовой дисциплины происходит с помощью различных аналитических приемов.

Ревизия, иначе комплексная проверка, является основным методом финансового контроля. Ревизия позволяет изучить экономическую и юридическую стороны деятельности организации с помощью различных методических приемов документального и фактического контроля с целью выявления законности, достоверности и экономической целесообразности финансовых и хозяйственных операций.

В п. 4 Инструкции о порядке проведения ревизии и проверки контрольно-ревизионными органами Минфина России, утвержденной приказом Минфина РФ от 14 апреля 2000 г. №42Н указывается на то, что ревизия представляет собой систему обязательных контрольных действий по документальной и фактической проверке законности и обоснованности, совершенных в ревизуемом периоде хозяйственных и финансовых операций ревизуемой организации, правильности их отражения в бухгалтерском учете и отчетности, законности действий руководителя и главного бухгалтера, на которых законодательно возложена ответственность за их осуществление. Мы считаем, что на сегодняшний день этот приказ Минфина РФ является одним из основных документов, регламентирующих порядок проведения ревизии и определяющих ее цели и задачи.

Экспертиза, по мнению профессора О.Н. Горбуновой¹, является методом предварительного контроля, который позволяет оценить принятые финансовые решения с целью определения их экономической эффективности и юридических последствий.

Хотя финансовый контроль осуществляется на всех стадиях финансово-хозяйственной деятельности организаций, это не исключает возможность хищений материальных ценностей, приписок и неправильного учета расходов этими организациями. При выявлении вышеназванных финансовых нарушений

¹ Финансовое право: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. редактор О.Н. Горбунова. - М.: Юрист, 2006. С. 94.

на должностных лиц коммерческой организации, на коммерческую организацию, как юридическое лицо, может быть заведено административное, гражданское или уголовное судопроизводство.

Следуя соблюдению принципа презумпции невиновности, закрепленному в статье 49 Конституции РФ, статье 14 УПК РФ, статье 1.5. Кодекса об административных правонарушениях РФ, событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления) следует доказать при производстве по возбужденному делу.

Бремя доказывания обвинения и опровержение доводов защитников подозреваемого и обвиняемого лежит на стороне обвинения.

Бухгалтерская экспертиза расходов назначается правоохранительными органами при исследовании вопросов экономической деятельности организации. Выводы этой экспертизы используются при расследовании дел о хищении имущества, приписках и других искажениях бухгалтерского учета расходов, фальсификации результатов финансовой деятельности организаций, о правильности исчисления налога на прибыль коммерческими организациями.

Мы считаем, что одной из проблем при расследовании правоохранительными органами экономических преступлений или рассмотрении уголовных и гражданских дел судами, связанных с совершением экономических преступлений, является неспособность следователей собрать необходимые доказательства по данным преступлениям и из-за этого соответственно доказать виновность в экономических преступлениях государственными обвинителями.

Следует рассмотреть проблему использования сотрудниками правоохранительных органов и компетентными специалистами комплекса общих и частных методов финансового контроля хозяйственных операций в бухгалтерском учете для обнаружения признаков экономических преступлений и использования их в качестве доказательств.

В целях улучшения работы в этом направлении было утверждено Положение о порядке взаимодействия контрольно-ревизионных органов Минфина РФ с Генеральной прокуратурой РФ, Министерством внутренних дел РФ, Федеральной службой безопасности РФ при назначении и проведении ревизий (проверок), утвержденное приказом Минфина РФ, МВД РФ и ФСБ РФ от 7 декабря 1999 г. №89н/1033/717.

По нашему мнению, на стадии следствия ревизия продолжает оставаться методом финансового контроля.

В то же время профессор Т.В. Аверьянова¹ считает, что следует отличать бухгалтерскую экспертизу от документальной ревизии, так как последняя, являясь методом финансового контроля, проводится до возбуждения уголовного дела, и у них разная юридическая природа, цели и задачи. Если ревизия комплексно исследует финансово-хозяйственную деятельность организации с целью ее дальнейшего усовершенствования, то бухгалтерская экспертиза исследует отдельные недостатки, выявленные ревизией, с целью документального обоснования предъявленных исковых требований.

Однако мы считаем, что основным методом проведения бухгалтерской экспертизы является проверка или ревизия, так как только в ходе проведения ревизии можно всесторонне изучить финансово-хозяйственную деятельность организации.

Существуют общие и частные методы фактического финансового контроля. К методам фактического контроля следует отнести: инвентаризацию, обследование, осмотр, контрольную проверку, лабораторный анализ качества товаров, сырья и готовой продукции; контрольный запуск сырья в производство; выпуск контрольной партии продукции; контрольный обмер объема выполненных строительно-монтажных и ремонтных работ; получение от специалистов письменных справок; получение от участников хозяйственных операций письменных объяснений

По нашему мнению, под методом фактического финансового контроля следует понимать, комплекс проверочных действий, применяемый для установления фактических данных, совершенных хозяйственных операций, сопоставления их с документами учета и определение признаков, способствующих обнаружению злоупотреблений и экономических преступлений.

Важным условием повышения качества и действенности контроля является правильная классификация приемов и методов контроля. Содержание объекта бухгалтерской экспертизы и условия его исследования определяют выбор и последовательность применения приемов и процедур проверки или ревизии. Методы и приемы обычно подразделяют на общенаучные и конкретные.

¹ Энциклопедия судебной экспертизы. / Под ред. Т.В. Аверьяновой, Е.Р. Россинской. - М: Юристъ, 1999. С. 48.

Из методов фактического контроля, названных выше, к общенаучным следует отнести лабораторный анализ. К этой же группе методов относятся индукция, дедукция, аналогия, моделирование, абстрагирование, конкретизация и системный анализ.

Остальные вышеуказанные методы относятся к конкретным. Они являются специфическими процедурами контроля или бухгалтерской экспертизы. Выбор методов при проведении бухгалтерской экспертизы в соответствии с Федеральным законом РФ от 31 мая 2001 г. №73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности» осуществляется экспертом самостоятельно. Эти методы выбираются в зависимости от конкретных вопросов, поставленных перед экспертом, который применяет их во взаимосвязи с общенаучными методами.

Бухгалтерская экспертиза является сложным научно-исследовательским процессом, способствующим получению доказательств при расследовании и рассмотрении уголовных, гражданских и арбитражных дел. В этом процессе эксперт-бухгалтер использует различные технологические методы, которые составляют методологию финансового контроля и бухгалтерской экспертизы. Вопросы бухгалтерской экспертизы, на наш взгляд, остаются одними из самых сложных.

От правильного выбора методов контроля в значительной степени зависит качество и эффективность бухгалтерской экспертизы. Ситуацию в этом вопросе осложняет отсутствие системного подхода и слабое освещение в специальной литературе методов финансового контроля в условиях применения автоматизированной обработки экономической информации на ЭВМ.

Возможности эксплуатации ЭВМ создают предпосылки для автоматизации контроля, позволяют осуществлять контроль над хозяйственными операциями путем широкого использования программно-логических методов текущего контроля. Среди таких методов следует выделить следующие элементы метода бухгалтерского учета: двойная запись, счета бухгалтерского учета, баланс. Важно применять и такие специфические методы контроля, как сравнение одноименных показателей, полученных из различных источников, способ подстановок, контроль по отклонениям. Использование этих методов позволяет выявлять случаи расхождений отдельных показателей себестоимости продукции в первичных документах и учетной информации, вскрывать приписки.

Все проверки и ревизии, независимо от того, с какой целью они проводятся (финансового контроля или бухгалтерской экспертизы) начинаются с исследования первичных документов.

Таким образом, конкретные методы бухгалтерской экспертизы целесообразно классифицировать на документальные, аналитические и методы фактического контроля.

Метод документального контроля представляет собой проверку документов о регистрации хозяйственных операций по производству продукции, выполнению работ или оказанию услуг. Начинается он с осмотра документа в целом, который предполагает определение вида документа, ознакомление с его содержанием, проверку наличия предусмотренных законом реквизитов. Затем проводится арифметическая проверка, хронологическая проверка записей, проверка бухгалтерских проводок.

Аналитические методы позволяют выявить и оценить соотношение между финансово-экономическими показателями деятельности организации, отраженными в документах бухгалтерского учета. Эти методы используются для сбора свидетельств и формулировки соответствующих выводов. Результатом анализа является оценка достоверности показателей учета проверяемой организации и выбор методов, необходимых для получения прямых свидетельств. Применяя этот метод, эксперт использует как простые сравнения, так и сложные анализы с использованием возможностей математики и статистики.

Сравнение широко применяется в экспертной практике. В то же время сравнение является общепризнанным методом экономического анализа. Применение этого метода при проведении бухгалтерской экспертизы позволяет выявить степень влияния различных факторов на отклонение производственных показателей от заданных параметров.

Методы фактического контроля являются как бы заключительным этапом проведения экспертизы. Они применяются экспертом в зависимости от проведенного анализа финансового состояния организации, в которой проводится экспертиза.

Инвентаризация представляет способ проверки фактического наличия имущества и основных средств в натуре путем осмотра, подсчета, взвешивания и других приемов.

Инвентаризация проводится с целью обеспечения достоверности показателей бухгалтерского учета и сохранности иму-

щества организации. Она является средством контроля реальности учетных данных и способом регистрации операций, которые нельзя документально оформить в момент их совершения (уменьшение объема имущества под воздействием погодных условий и условий хранения - так называемая естественная убыль).

Обследование проводится для выявления состояния исследуемого имущества и соответствия его техническим, санитарно-эпидемиологическим и другим стандартам.

Осмотру подвергаются документы или имущество организации для определения их состояния и дальнейшего выбора для применения следующих методов экспертизы (финансового контроля). Осмотр проводится, как правило, на начальной стадии экспертизы.

Контрольная проверка проводится для уточнения или подтверждения фактов, поставленных под сомнение при анализе результатов предыдущих контрольных действий.

Необходимость проведения лабораторного анализа возникает для уточнения состава или состояния имущества организации.

Запуск сырья в производство осуществляется с целью уточнения производственного цикла, уточнения процесса формирования себестоимости продукции, подтверждения хищения из-за замены сырья.

Таким образом, методы финансового контроля служат средством получения доказательств злоупотреблений и преступлений. По результатам собранных свидетельств эксперт-бухгалтер, обладая полной и достоверной информацией, получает достаточную возможность для выдачи обоснованного заключения органу, назначившему бухгалтерскую экспертизу.

РОЛЬ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ В РЕАЛИЗАЦИИ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ ДОКТРИНЫ РОССИИ

Рысаев Ф.Б. -

доцент кафедры административного и финансового права

Административная реформа является мерой по совершенствованию государственной публичной деятельности и рассчитана на вывод системы управления в сфере исполнительной власти на новый прогрессивный уровень. Данная задача государственного строительства в значительной степени выполняется путем построения новой рациональной структуры управления. Однако не следует считать, что построение новой иерархии исполнительной власти означает лишь изменение «фасада здания» исполнительной власти, а предусматривает и эволюцию самого содержания управленческих отношений между органами исполнительной власти. Новая структура управления исполнительной власти отличается от прежних, рядом преимуществ, которые в многосторонней и широкомасштабной деятельности призваны в гармонии с правовым положением подведомственных органов исполнительной власти, обеспечивать упорядоченность систем. Позитивной стороной в структуре федеральных органов исполнительной власти можно считать трехуровневую унифицированную систему органов, которая в соответствии с их статусом позволяет четко разграничить их назначение и роль в функционировании исполнительной власти Российской Федерации. Безусловно, в практической деятельности наработка и полезность системы проявятся в оптимальной степени при обеспечении вертикали исполнительной власти в субъектах Федерации и апробации системы, которая многогранна и порой, не всегда предсказуема, если взять во внимание нештатные ситуации современной действительности. Задача эффективности функционирования исполнительной власти Российской Федерации заключается в снижении дублирования деятельности органов исполнительной власти в управлении различными сферами народного хозяйства и в достижении в максимальной степени совершенства в регулировании управленческих процессов подконтрольных объектов. Если взять в систему оценок качества управления в системе исполнительной власти временное пространство, то выделение исполнительной власти в отдельную ветвь,

демонстрирует о концентрации полномочий и поэтапное совершенствование необходимой вертикали власти с совершенной системой административно- правового регулирования, которая коренным образом отличается от системы управления в предыдущие годы. Нельзя сбрасывать со счетов те существенные изменения в информационном обеспечении, которые в свою очередь позволяют более оперативно реагировать на всевозможные изменения в процессе управления в государственном масштабе, повышение достоверности прогнозирования и моделирования управленческих ситуаций в пределах Российской Федерации. Вертикаль власти в Российской Федерации определяются укреплением феномена государственности, которая выражается духовным и материальным подъемом, где сочетается инициатива местной власти, в соответствии с делегированными полномочиями. Кроме того, исполнительная власть должна быть стабильна, и ее устойчивость определяется законами. Как в любом высокоорганизованном организме «импульс власти» исходящий от центра, должен доходить до каждого адресата - «рецептора» организма. В этом заключается гарантия согласованности и гармонии власти. Это образное сравнение позволяет проиллюстрировать значимость безопасности и стандартов безопасности в решении управленческих задач. Ученый-административист Н.Ю. Хаманева, рассматривая перспективы развития административного права, считает, что особого внимания заслуживает новая ориентация административно-правового регулирования организации и деятельности органов исполнительной власти на федеральном и региональном уровнях, четкое определение их функций и взаимодействия, прав и обязанностей, правовых форм и методов их деятельности, ответственности¹. Вновь образованные федеральные министерства, федеральные службы, федеральные агентства, государственные комитеты работают по рационализации межотраслевого взаимодействия. Экологическая безопасность, являясь частью национальной безопасности, требует четкой регламентации деятельности исполнительной власти РФ, поэтому необходима реализация национальных проектов Российской Федерации, которые содержат эти вопросы. Естественно, в современных условиях проблемы административно-правового регулирования экологической безопасности приобрели кардинальный характер в

¹ Административное и информационное право. / Отв. ред. Н.Ю. Хаманева, И.Л. Бачило. - М.: АПУ, 2003. С. 6.

государственном управлении и выражаются в полноценном развитии экономики и экологической безопасности. Отмеченная взаимосвязь позволяет несколько в ином ракурсе взглянуть на новое качественное явление в экономическом базисе государства, когда происходит образование эколого-экономического монолита, представленного Концепцией устойчивого развития Российской Федерации и других государств мирового сообщества. Современный этап в человеческом развитии, названный академиком В.И. Вернадским эпохой ноосферы, приобретает новые очертания, появляются новые представления о глобальных эколого-экономических процессах. Данные проблемы отражены в Экологической доктрине Российской Федерации, которая была одобрена Распоряжением Правительства Российской Федерации от 31 августа 2002 года. В Экологической доктрине в числе приоритетных направлений деятельности по обеспечению экологической безопасности Российской Федерации отмечены следующие:

- обеспечение устойчивого природопользования;
- снижение загрязнения окружающей среды и ресурсосбережение;
- сохранение и восстановление природной среды¹.

Рассматривая данные вопросы как жизненно важными для Российской Федерации, следует подчеркнуть значимость фундаментальных и прикладных наук в формировании новых знаний об окружающей среде и использовании достижений науки в совершенствовании экологической безопасности. Экологическая безопасность как функция государственного управления представляет собой систему мер по выработке устойчивого функционирования жизнеобеспечения, прежде всего, государства и народного хозяйства в условиях наступления неблагоприятных последствий от тех или иных негативных воздействий, которые представляют опасность.

Н.П. Патрушев считает, что в отечественном законодательстве и научной литературе пока не выработан единый понятийный аппарат в сфере обеспечения безопасности Российской Федерации. Это обстоятельство нередко приводит к неоднозначному пониманию содержания различных дефиниций в теории и создает проблемы в правоприменительной практике. В Конституции РФ, отмечает ученый, используются такие понятия, как «безопасность государства» (ст. 13 и 55),

¹ // ЭКОС №32003. С. 17.

«государственная безопасность» (ст. 114), «безопасность» (ст. 71), «общественная безопасность», «экологическая безопасность» (ст. 72). Рассматривая понятие «национальная безопасность Российской Федерации», ученый отмечает о том, что термин вошел в научный оборот и заимствован у западных стран, что представляется вполне обоснованным, несмотря на то, что термин национальный, вкладывается в многонациональном нашем государстве, что вызывало ранее немало споров по этому поводу¹. Однако следует дать свою оценку сущности понимания понятия национальная безопасность, думается, что национальная безопасность - понятие консолидирующее сознание всего российского народа, она не должна быть поделена по штатам, провинциям, уездам, а применительно для России - по субъектам Федерации, должна иметь общегосударственный и глобальный масштаб, отражающий исторический опыт государства, его менталитет, эколого-экономическое положение, географию и, соответственно, стратегию нашего государства современном мире.

По-видимому, следует последовательно, системно, снижать риск возникновения экологически неблагоприятных явлений, часто возникающих в результате непродуманных действий со стороны самого человека. С другой стороны, возможны загрязнения окружающей среды в результате аварийности опасных производственных объектов, в результате износа оборудования, использования устаревших технологий, нарушения технологической дисциплины. Экологическая безопасность как правовая категория предполагает принятие своевременных мер по недопущению ухудшения окружающей среды до уровней, которые ведут к несовместимым с нормальным состоянием живых организмов, в том числе самого человека, в форме как преднамеренных деяний, так и стихийных явлений природного и техногенного характера. С точки зрения административно-правового регулирования охраны окружающей среды современное экологическое законодательство требует участия в ее формировании ученых различного профиля: здесь востребованы наработки юристов, экономистов, биологов, химиков, инженеров, экономистов, геофизиков и целого ряда других профессий. Это подтверждается современными проблемами экологического характера. Сле-

¹ См.: Патрушев Н.П. Особенности современных вызовов и угроз национальной безопасности. // Журнал российского права 2007. №7. С. 11-12.

дует процитировать мысль ученого-юриста, который посвятил весомую часть своих трудов аграрной сфере экономики России, которая отличается от других отраслей народного хозяйства определенной зависимостью от природно-климатических условий. Так, профессор Г.Е. Быстров, считает, что необходимо государственное регулирование агропромышленного производства. Наряду с ценовым, антимонопольным регулированием, совершенствованием кредитных отношений, инвестиционной деятельностью, страхованием рисков, бюджетной политикой, налогообложением, валютным и экспортно-импортным регулированием должно быть особо выделено лицензирование как одно из ведущих направлений государственного регулирования аграрного предпринимательства. При этом должен быть введен жесткий порядок применения лицензирования, введена ответственность не только сельскохозяйственных товаропроизводителей, но и органов государства, осуществляющих регулирование аграрного предпринимательства¹.

Неразрывную связь с экологической безопасностью имеет процедура землеустройства, которая, образно говоря, является «фундаментом» человеческого бытия, начала посредством труда преобразований окружающей среды человеком в «мастерской природы». От того как, в каком регионе, с учетом природно-климатических, производственных, экономических, экологических, социальных условий будет заложено предприятие, многие вопросы экологической безопасности были бы решены с громадной экономией времени и средств. В исследованиях ученых есть мнение, что необходимо выделить новую науку - землеустроительную экологию, которая в значительной степени позволит более тщательно информировать процедуры землеустройства и обеспечить плодотворное взаимодействие экономики и экологии². Например, ни у кого не вызовет сомнений тот факт, что вновь организованный населенный пункт должен иметь в достатке добротную питьевую воду для хозяйственных нужд, отсюда зависит развитие гидромелиорации, которая необходима для производства овощей и картофеля, садоводства и других отраслей сельского хозяйства. Существенным образом играет свою роль размещение полей севооборота, расстояние до сельскохозяйственных уго-

¹ Актуальные проблемы аграрного права России: теория и практика. Сб. науч. ст. / Отв. ред. М.И. Козырь, А.И. Бобылев. - М.: Право и государство. 2004. С. 65.

² Вершинин В.В. Землеустройство загрязненных территорий (экономика и организация). Автореф. на соиск. уч. степ. докт. экономических наук. // Землеустройство. 2006. №11. С. 26.

дий, наличие полевых дорог, расстояние от железной дороги, газопроводов, автострад и т.д. В ходе землеустроительного процесса на долгосрочный период решаются вопросы экономической целесообразности и экологической безопасности населенных пунктов, организации промышленного и аграрного производства. Проблема в развитии инновационных технологий в сфере обеспечения экологической безопасности заключается в применении новых достижений науки в исследовании состояния окружающей среды, прогнозирования и мониторинга крупномасштабных стихийных явлений: землетрясений, деформации континентов, связанные с тектоническими процессами земной коры, влияния космоса на эволюцию природы и поведение мирового океана.

При этом, чем севернее по земному шару проходят различные негативные воздействия, тем срок восстановления экосистем увеличивается.

Инновационный механизм обеспечения экологической безопасности должен быть акцентирован в управлении народным хозяйством по реализации перспективных проектов, которые могут в сжатые сроки дать ожидаемый результат. Если взять наукоемкие технологии, то следует бороться за сокращение сроков прохождения экспертизы и поиска организации по внедрению и практическому применению промышленного образца, передовой технологии, ноу-хау, распространения передового опыта организации и соответствующее финансирование проектов. Думается, следует внести соответствующие изменения в налоговое законодательство, предусматривающее предоставление существенных налоговых льгот, субсидий и субвенций данным организациям и научным учреждениям.

Таким образом, можно сделать следующие выводы:

1. Оптимизация экологической безопасности возможна посредством административно-правового регулирования, где кардинальную роль играют планирование территорий, состояние окружающей среды, природно-экономические факторы в конкретном районе.

2. В тесной взаимосвязи с экологической безопасностью находится продовольственная безопасность, которая может быть обеспечена при четкой работе органов исполнительной власти, правоохранительных органов, санитарно-эпидемиологического, фитосанитарного и ветеринарного, таможенного, пограничного контроля.

3. Основные положения Экологической доктрины должны реализовываться в федеральных целевых программах, с изложением конкретных мероприятий и финансирования этих мероприятий.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОХРАНЕ РЕДКИХ И ИСЧЕЗАЮЩИХ ВИДОВ ЖИВОТНЫХ

Чашкин П.В. -

к.ю.н., доцент кафедры аграрного и экологического права

Если в процессе выполнения законодательных требований охраны редких и исчезающих видов животных не возникают отклонения от нормального осуществления права, то тем самым достигается желаемый социальный эффект правового регулирования, и нет необходимости прибегать к государственному принуждению. Однако фактическое их соблюдение и исполнение на практике вызывает большие трудности. В одних случаях их нормальная реализация нарушается вследствие неправомерных действий, в других - бездействием тех или иных субъектов права. Это обстоятельство является основанием для закрепления в праве системы мер юридической ответственности, применяемой за нарушение законодательства об охране редких и исчезающих видов фауны.

В статье 55 Федерального закона от 24 апреля 1995 г. №52-ФЗ «О животном мире»¹ предусмотрено, что граждане и юридические лица, виновные в незаконном ввозе в Российскую Федерацию животных или растений, признанных наносящими ущерб объектам животного мира, занесенным в Красные книги, уничтожении редких и находящихся под угрозой исчезновения объектов животного мира, совершение иных действий, которые могут привести к гибели, сокращению численности или нарушению среды обитания указанных объектов животного мира, несут уголовную, административную и гражданско-правовую ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. №17. Ст. 1462.

К преступлениям, посягающим на общественные отношения в области охраны и рационального использования животного мира, Уголовный кодекс Российской Федерации¹ относит: незаконную добычу водных животных (ст. 256), нарушение правил охраны рыбных запасов (ст. 257), незаконную охоту (ст. 258), нарушение ветеринарных правил (ст. 249, ч. 1), уничтожение критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ (ст. 259). На наш взгляд, уголовно-правовая охрана редких и находящихся под угрозой исчезновения животных прежде всего обеспечивается уголовно-правовыми запретами, содержащимися в статьях 256, 258, 259 УК РФ.

Согласно части 1 статьи 256 Уголовного кодекса РФ, уголовно-наказуемой является незаконная добыча рыбы, морского зверя и иных водных животных или промысловых морских растений, если это деяние совершено:

- а) с причинением крупного ущерба;
- б) с применением самоходного транспортного плавающего средства или взрывчатых и химических веществ, электрошока либо иных способов массового истребления указанных водных животных и растений;
- в) в местах нереста или на миграционных путях к ним;
- г) на территории заповедника, заказника либо в зоне экологического бедствия или в зоне чрезвычайной экологической ситуации.

Часть 2 статьи 256 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за незаконную добычу котиков, морских бобров или иных морских млекопитающих в открытом море или в запретных зонах. Часть 3 статьи 256 УК РФ предусматривает три квалифицирующих признака к деяниям, описанным в частях 1 и 2: если они совершены лицом с использованием своего служебного положения либо группой лиц по предварительному сговору или организованной группой.

Как отмечается в научной литературе, добыча водных животных признается незаконной, если она осуществляется в отношении животных, занесенных в Красную книгу². Действительно, в части 1 статьи 27 Федерального закона от 20 декабря 2004 г. №166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. №25. Ст. 2954.

² Лопашенко Н.А. Экологические преступления: Комментарий к главе 26 УК РФ. - СПб., 2002. С. 183; Галимов Д.И. Об объективных признаках незаконной добычи водных животных и растений и эффективности борьбы с браконьерством. // Законодательство и экономика. 2006. №12. С. 68.

водных биологических ресурсов»¹ установлен запрет на добычу (вылов) редких и находящихся под угрозой исчезновения видов водных биоресурсов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации и (или) Красную книгу субъекта Российской Федерации. Их добыча (вылов) может допускаться лишь в исключительных случаях на основании разрешений на добычу (вылов) водных биоресурсов в порядке, предусмотренном Правительством РФ (часть 2 статьи 27). Однако будет ли данный вид незаконной добычи водных животных уголовно наказуемым? Специальное указание на этот счет в статье 256 УК РФ отсутствует. Большинство авторов полагает, что в случае незаконной добычи рыбы, морского зверя и иных водных животных, относящихся к видам, занесенным в красные книги, содеянное следует квалифицировать по пункту «а» части 1 статьи 256 УК РФ - незаконная добыча рыбы, морского зверя и иных водных животных или промысловых морских растений, если это деяние совершено с причинением крупного ущерба. В качестве аргументации приводятся положения пункта 16 постановления Пленума Верховного суда РФ от 5 ноября 1998г. №14 «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения»², предусматривающего, что при решении судами вопроса о том, является ли ущерб, причиненный незаконной добычей водных животных, крупным, нужно учитывать и отнесение животных к специальным категориям, например, к редким и исчезающим видам, а также исходить не только из стоимости добытого и количественных критериев, но из причиненного экологического вреда, то есть вреда, в целом нанесенного животному миру. К такому вреду следует, в частности, относить ущерб, причиненный отловом или уничтожением животных, занесенных в Красную книгу Российской Федерации.

Указанный подход к квалификации содеянного не лишен недостатков. Незаконная добыча рыбы, морского зверя и иных водных животных или промысловых морских растений, если это деяние совершено с причинением крупного ущерба, сформулирована законодателем как материальный состав. Для признания данного преступления оконченным обязательно причинение реального ущерба. В каждом отдельном случае это требует доказывания наличия причинной связи между деянием и наступившими последствиями. Если лицо, занимаясь неза-

¹ Собрание законодательства РФ. 2004. №52 (часть 1). Ст. 5270.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. №1.

конной добычей, по независящим от него обстоятельствам не смогло достичь результата, содеянное образует покушение на незаконную добычу по признаку крупного ущерба (часть 3 статьи 30 УК РФ). В соответствии с частью 3 статьи 66 Уголовного кодекса РФ срок или размер наказания за покушение на преступление не может превышать трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ за оконченное преступление. Хотя в пункте 16 Постановления Пленума и разъясняется, что при решении судами вопроса о том, является ли ущерб, причиненный незаконной добычей, крупным, необходимо учитывать отнесение животных к специальным категориям, в том числе редким и исчезающим видам, но непосредственно упоминаются только животные, занесенные в Красную книгу Российской Федерации. Вместе с тем, согласно статье 24 Федерального закона «О животном мире», наряду с объектами животного мира, занесенными в Красную книгу РФ, редкими и исчезающими признаются также объекты животного мира, занесенные в Красные книги субъектов РФ. Поскольку и в Уголовном кодексе РФ, и в Постановлении Пленума специальное указание на объекты животного мира, занесенные в Красные книги субъектов Российской Федерации, отсутствует, остается в каждом конкретном случае уповать на профессионализм судей.

В пункте «в» части 1 статьи 258 Уголовного кодекса РФ предусмотрена уголовная ответственность за незаконную охоту в отношении птиц и зверей, охота на которых полностью запрещена. Предмет преступления составляют дикие звери и птицы, обитающие в состоянии естественной свободы в охотничьих угодьях, а также выпущенные на свободу в целях разведения независимо от того, в чьем ведении эти угодья находятся. Завладение животными, содержащимися в клетках, вольерах, огороженных территориях, в зоопарках, цирках или во владении граждан, квалифицируется как хищение чужого имущества (пункт 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 г. №14), а отстрел или иное умерщвление таких зверей и птиц - как умышленное уничтожение чужого имущества. Преступление считается оконченным с момента начала выслеживания или преследования птиц и зверей независимо от того, были ли они добыты (пункт 17 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 05.11.98 г. №14).

Действующее законодательство исключает возможность корректного вменения по пункту «в» части 1 статьи 258 УК РФ ввиду отсутствия категории «зверей и птиц, охота на которых полностью запрещена». Типовые правила охоты в РСФСР 1974 года содержали перечень зверей и птиц, охотиться на которых полностью запрещено (пункт 16). Впоследствии этот перечень дополнялся в связи с включением определенных видов зверей и птиц в Красную книгу СССР¹. Таким образом, норме УК РСФСР об охоте на зверей и птиц, охотиться на которых полностью запрещено, соответствовали перечни таких зверей и птиц, содержащиеся в типовых (всероссийских) правилах охоты, предусмотренные к обязательному включению в территориальные правила. Однако Типовые правила охоты в РСФСР 1988 года², в отличие от ранее издававшихся, реализовали разрешительный подход к формированию состава охотничьих животных: вместо перечня запрещенных к охоте видов они содержат перечни разрешенных. Перечень зверей и птиц, охотиться на которых полностью запрещено, сохранился как архаизм в нескольких субъектах Российской Федерации, где действуют правила охоты старых редакций, восходящих к Типовым правилам охоты в РСФСР 1974 года. Не являются такими перечнями и Красные книги, на которые иногда ссылаются.

На наш взгляд, для устранения отмеченных недостатков уголовного законодательства, Уголовный кодекс РФ следует дополнить отдельной статьей, предусмотрев в ней ответственность за незаконное добывание, уничтожение, приобретение или продажу редких или находящихся под угрозой исчезновения объектов животного мира, относящихся к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации и (или) Красные книги субъектов Российской Федерации, а также за незаконное приобретение или продажу редких или находящихся под угрозой исчезновения объектов животного мира, относящихся к видам, охраняемым международными договорами Российской Федерации. При этом к статье должно быть сделано примечание, согласно которому под объектом животного мира понимается как само дикое животное, так и его продукты, части и дериваты.

¹ См. приказ Главохоты РСФСР от 27 мая 1975г. №203 “Об усилении охраны редких животных”. // Сборник нормативных актов по охране природы. - М., 1976. С. 488.

² Утверждены приказом Главохоты РСФСР от 4 января 1988 г. №1. // Охотничьи законы: Сборник нормативных правовых актов и других документов. / Сост. Н.В. Краев. - Киров, 1999. С. 294-307.

Преимущества данного предложения нам видятся в следующем.

Во-первых, достаточно четко определен предмет посягательства - редкие или находящиеся под угрозой исчезновения объекты животного мира, относящиеся к видам, занесенным в Красную книгу РФ и Красные книги субъектов РФ, а также охраняемым международными договорами РФ.

Во-вторых, предметом данного преступления будут признаваться не только млекопитающие (звери) и птицы, относящиеся к видам, занесенным в Красные книги, а также охраняемым международными договорами РФ, но и представители других таксономических групп, в том числе водные биологические ресурсы. В последнем случае это снимает необходимость квалификации содеянного по пункту «а» части 1 статьи 256 Уголовного кодекса Российской Федерации - незаконная добыча рыбы, морского зверя и иных водных животных или промысловых морских растений, если это деяние совершено с причинением крупного ущерба.

В-третьих, сам термин «охота» вряд ли приемлем в отношении объектов животного мира, относящихся к категории редких или находящихся под угрозой исчезновения. В постановлении Правительства РФ от 26 декабря 1995 г. №1289¹ из перечня животных, отнесенных к объектам такого вида пользования животным миром как охота, исключены звери и птицы, относящиеся к видам, подвидам и популяциям, занесенным в Красные книги. Кроме того, применительно к изъятию объектов животного мира, относящихся к видам, занесенным в Красные книги, в фаунистическом законодательстве устоялся термин «добывание» (пункт 2 постановления Правительства РФ от 19 февраля 1996 г. №158 «О Красной книге Российской Федерации»², Правила добывания объектов животного мира, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу РФ, утвержденные постановлением Правительства РФ от 6 января 1997 г. №13³ и др.).

В-четвертых, в случаях, когда уничтожение объектов животного мира, относящихся к видам, занесенным в Красные книги, не связано с браконьерством, действия виновных не могут быть квалифицированы по пункту «а» части 1 статьи 256 УК РФ или по пункту «в» части 1 статьи 258 УК РФ.

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. №2. Ст. 120.

² Собрание законодательства РФ. 1996. №9. Ст. 808.

³ Собрание законодательства РФ. 1997. №3. Ст. 385.

Здесь налицо пробел в уголовном законе. Хотя в главе 26 Уголовного кодекса и предусмотрены составы преступлений, в которых в качестве признаков объективной стороны предусмотрены последствия в виде массовой гибели животных (ст. 246 УК РФ, часть 2 ст. 247 УК РФ), причинение существенного вреда животному миру и рыбным запасам (части 1 статьи 250, часть 2 статьи 252 УК РФ), массовая гибель рыбы или других водных животных (статья 257 УК РФ), в целом это не снимает необходимости выделения в отдельный состав преступления уничтожения объектов животного мира, относящихся к видам, занесенным в Красные книги. Уникальность и невозможность восполнения уязвимой фауны требует признания уголовно наказуемым не только массовое уничтожение животных, но даже уничтожение одного экземпляра редкого или исчезающего объекта животного мира, относящегося к видам, занесенным в Красные книги.

Необходимость криминализации таких деяний как незаконное приобретение и незаконная продажа редких и находящихся под угрозой исчезновения объектов животного мира, относящихся к видам, занесенным в Красные книги, а также охраняемым международными договорами РФ, обусловлена их очевидной общественной опасностью. Подобного рода деяния уже признаны преступными в уголовном законодательстве ряда зарубежных стран. Так, в статье 290 Уголовного кодекса Республики Казахстан «Незаконное обращение с редкими и находящимися под угрозой исчезновения видами животных и растений» предусмотрена уголовная ответственность за незаконное добывание, приобретение, сбыт, а равно уничтожение редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных, занесенных в Красную книгу Республики Казахстан¹. В статье 341 Уголовного кодекса Китайской Народной Республики предусмотрена уголовная ответственность за незаконную охоту, убийство основных охраняемых государством редких, находящихся на грани вымирания диких животных или незаконную покупку, транспортировку, продажу основных охраняемых государством редких, находящихся на грани вымирания диких животных или продукции из них.²

¹ Лозовицкая Г.П. Общий сравнительно-правовой комментарий и сравнительные таблицы уголовных кодексов государств-участников Содружества Независимых Государств (СНГ): В 2 частях. / Под ред. П.Г. Пономарева. - Саратов, 2002. Ч. 2. С. 505-506.

² Уголовный кодекс Китайской Народной Республики. / Под. ред. д.ю.н., проф. А.И. Коробеева, пер. с китайского Д.В. Вигикова. - СПб., 2001. С. 227.

Если в предлагаемой редакции данная статья будет введена в Уголовный кодекс РФ, то неизбежно возникнет проблема разграничения ее сферы действия со статьей 8.35 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹, предусматривающей административную ответственность за уничтожение редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных, занесенных в Красную книгу Российской Федерации либо охраняемых международными договорами, действия (бездействие), которые могут привести к гибели, сокращению численности либо нарушению среды обитания этих животных, а также добывание, содержание, приобретение, продажу либо пересылку указанных животных, их продуктов, частей либо дериватов без надлежащего на то разрешения или с нарушением условий, предусмотренных разрешением, либо с нарушением иного установленного порядка.

Чтобы в этом случае предотвратить дублирование норм уголовного и административного законодательства, необходимо внести изменения в статью 8.35 КоАП РФ, изложив ее в следующей редакции:

«1. Действия (бездействие), которые могут привести к гибели, сокращению численности либо нарушению среды обитания редких или находящихся под угрозой исчезновения объектов животного мира, относящихся к видам, занесенным в Красную книгу РФ, наказываются ...».

2. Содержание или транспортировка редких или находящихся под угрозой исчезновения объектов животного мира, относящихся к видам, занесенным в Красную книгу РФ либо охраняемым международными договорами РФ, а также их продуктов, частей либо дериватов без надлежащего на то разрешения или с нарушением условий, предусмотренных разрешением, либо с нарушением иного установленного порядка, наказываются ...».

Статья 259 Уголовного кодекса РФ, предусматривающая ответственность за уничтожение критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации, повлекшее гибель популяций данных организмов, введена в российское уголовное законодательство впервые. Непосредственным объектом данного преступления являются общественные отношения по охране редких и исчезающих

¹ Собрание законодательства РФ. 2002. №1 (ч. 1). Ст. 1.

видов животных, которыми охватываются и отношения по охране их естественной среды обитания. Предмет преступления, предусмотренного статьей 259 Уголовного кодекса РФ, дискусионен. Одни авторы в качестве предмета данного преступления рассматривают критические местообитания организмов, занесенных в Красную книгу РФ¹. Другие в качестве предмета рассматривают не только критические местообитания, но и сами организмы, занесенные в Красную книгу РФ², либо и организмы, и их популяции³. Э.Н. Жевлаков выделяет в качестве предмета преступления только организмы, занесенные в Красную книгу РФ. Воздействие на них оказывается путем уничтожения критических местообитаний этих организмов, которые в данном случае характеризуют место совершения преступления, а не его предмет⁴.

Следует согласиться с А.И. Чугаевым, полагающим, что первая позиция точнее отражает суть деяния, его законодательную характеристику и направленность, согласуется с общим учением о предмете преступления. Действие в данном случае направлены не на самих животных, занесенных в Красную книгу России, а на критические места их обитания⁵. Права и И.М. Тяжкова, отмечающая, что законодатель здесь ставит под охрану территории, на которых обеспечено сохранение и воспроизведение определенных популяций⁶.

В законодательстве определение термина «критическое местообитание» отсутствует. На наш взгляд, под критическим местообитанием следует понимать любые участки природной среды, в том числе участки акватории, в которой организмы, занесенные в Красную книгу РФ, обитают в состоянии естественной свободы. Это согласуется с пунктом 3 статьи 4 Федерального закона от 10 января 2002 г. №7-ФЗ «Об охране окружающей среды»⁷, относящим все места обитания редких и находящихся под угрозой исчезновения животных к объектам особой охраны. Понятие критического местообита-

¹ Лопашенко Н.А. Указ. соч. С. 215.

² Коряковцев В.В., Питулько К.В. Комментарий к УК РФ. - СПб., 2004. С. 611.

³ Дубовик О.Л. Экологические преступления: Комментарий к главе 26 Уголовного кодекса РФ. - М., 1998. С. 304.

⁴ Российское уголовное право. Особенная часть. / Под ред. А.И. Рарога. - М., 2005. С. 586.

⁵ Чураков Д.Б., Чугаев А.И. Экологические преступления в уголовном праве России: научно-практический комментарий с постатейным материалом. - Ульяновск, 2002. С. 272.

⁶ Курс уголовного права. Особенная часть. Том 4. Учебник для вузов. / Под ред. Г.И. Борзенкова и В.С. Комиссарова. - М., 2002. С. 552.

⁷ Собрание законодательства РФ. 2002. №2. Ст. 133.

ния неразрывно связано с понятием популяции, то есть совокупности особей одного вида, длительно занимающей определенное пространство и воспроизводящей себя в течение большого числа поколений. Местообитание поэтому и называется критическим, что является средой обитания популяции редких или находящихся под угрозой исчезновения организмов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации.

Объективная сторона состава данного преступления заключается в уничтожении критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ, повлекшем гибель популяций этих организмов. Уничтожение критических местообитаний организмов может быть произведено самым различным образом. Уничтожение может выражаться в разрушении, повреждении, вытаптывании, сожжении или затоплении обитаемых или регулярно используемых гнезд, нор, убежищ, жилищ и других сооружений птиц и животных, необходимых для их жизненного цикла, а также наступать в результате прогона и выпаса скота, проезда транспортных средств, устройства в этих местах туристических стоянок, мест массового отдыха и т.п. Между уничтожением критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ, и гибелью популяций этих организмов должна устанавливаться причинная связь. В тех случаях, когда гибель или резкое снижение численности популяции организмов, занесенных в Красную книгу РФ, вызваны естественно-природными факторами (стихийными бедствиями, болезнями диких животных, климатическими колебаниями и т.п.), сопряженными по времени с какой-либо хозяйственной деятельностью или иным антропогенным воздействием, состав преступления отсутствует.

С субъективной стороны данное преступление может быть совершено как умышленно, так и по неосторожности. При умышленной вине субъект осознает, что его действия представляют опасность для определенных популяций, предвидит возможность или неизбежность их гибели и желает (при осознании неизбежности гибели) либо безразлично, что имеет место значительно чаще, относится к их гибели. При неосторожной вине субъект либо предвидит возможность гибели указанных организмов, но самонадеянно рассчитывает на ее предотвращение (легкомыслие), либо не предвидит, но при должной внимательности и предосторожности должен и может предвидеть (небрежность). При этом не исключена возможность совершения преступления со сложной (двойной) фор-

мой вины. Однако в целом данное преступление будет признаваться умышленным. Мотивы и цели для квалификации этого экологического преступления значения не имеют, но могут учитываться при назначении наказания. Субъект преступления, предусмотренного статьей 259 Уголовного кодекса РФ, общий: физическое вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста.

На наш взгляд, конструкция состава преступления, предусмотренного статьей 259 Уголовного кодекса РФ, является несовершенной.

Во-первых, уголовно-правовой защите здесь подлежат лишь местообитания организмов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации. Вместе с тем, согласно существующей двухуровневой системе Красных книг выделяются и регионально редкие виды, имеющие собственные местообитания. Поскольку уголовное законодательство отнесено к исключительному ведению Российской Федерации, то значит, что органы представительной власти субъектов Российской Федерации не смогут обеспечить уголовно-правовой защитой местообитания регионально редких видов.

Во-вторых, в качестве обязательного последствия уничтожения критических местообитаний предусмотрена гибель не одной, а как минимум двух популяций редких и исчезающих видов.

Таким образом, если в Красную книгу Российской Федерации занесен не весь вид, а его отдельная популяция (другие популяции, обитающие на территории страны, не отнесены к угрожаемым) либо уязвимый вид на территории России представлен одной единственной популяцией, то при их уничтожении уголовное дело по данной статье возбуждено быть не может. В последнем случае это особенно страшно, поскольку вид полностью исчезает с территории страны, а виновные в этом лица остаются безнаказанными¹.

Привлечение виновных лиц к уголовной или административной ответственности за нарушение законодательства об охране редких и исчезающих видов животных не освобождает

¹ Несовершенство конструкции данного состава преступления подтверждает и тот факт, что статья 259 УК РФ редко применяется на практике. По данным ГИЦ МВД России, форма "1-г", за уничтожение критических местообитаний организмов, занесенных в Красную книгу Российской Федерации, в 1998 г. и 1999 г. не было зарегистрировано ни одного преступления, а в 2000 г. только два преступления. // Лапина М.А. Юридическая ответственность за экологические правонарушения. Постатейный комментарий к Российскому законодательству. - М., 2003. С. 145.

их от обязанности возмещения причиненного правонарушением вреда. В соответствии с частью 1 статьи 56 Федерального закона «О животном мире» юридические лица и граждане, причинившие вред объектам животного мира и среде их обитания, должны возместить нанесенный ущерб в добровольном порядке либо по решению суда или арбитражного суда. Вред возмещается в соответствии с таксами и методиками исчисления ущерба животному миру, а при их отсутствии - по фактическим затратам на компенсацию ущерба, нанесенного объектам животного мира и среде их обитания, с учетом понесенных убытков, в том числе упущенной выгоды.

Приказом Министерства охраны окружающей среды и природных ресурсов РФ от 4 мая 1994 года №126 утверждены таксы для исчисления размера взыскания за ущерб, причиненный юридическими и физическими лицами незаконным добыванием или уничтожением животных (млекопитающих, птиц, рептилий, амфибий, рыб, водных и наземных беспозвоночных), занесенных в Красную книгу Российской Федерации¹. Определено, что таксы распространяются на данные виды, если они постоянно или временно обитают в состоянии естественной свободы на территории (акватории) Российской Федерации, континентальном шельфе и в пределах морской экономической зоны Российской Федерации. Сумма взыскиваемого ущерба за один незаконно добытый или уничтоженный экземпляр, независимо от пола и возраста объекта животного мира, определяется в размере кратном минимальной месячной оплаты труда в Российской Федерации. Размер взыскания за ущерб по указанным таксам исчисляется должностными лицами специально уполномоченных государственных органов РФ в области охраны окружающей природной среды и иных государственных органов, которым в соответствии с законодательством предоставлено право предъявлять иски о возмещении ущерба. Постановлением Правительства РФ от 26 сентября 2000 года №724 утверждены таксы для исчисления размера взыскания за ущерб, причиненный гражданами, юридическими лицами и лицами без гражданства уничтожением, незаконным выловом или добычей водных биологических ресурсов, занесенных в Красную книгу РФ (проходные, полупроходные пресноводные рыбы и круглоротые, морские млекопитающие, пресноводные реп-

¹ Российские вести. №118. 29.06.1994.

тилии, моллюски, ракообразные, мшанки и плеченогие), во внутренних рыбохозяйственных водоемах, внутренних морских водах, территориальном море, на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне РФ¹. Взыскиваемый ущерб за один экземпляр уничтоженного, незаконно выловленного или добытого животного, независимо от его размера и веса, определяется в твердой сумме в рублях.

В соответствии с частью 1 статьи 59 Федерального закона «О животном мире» (в ред. Федерального закона от 20 апреля 2007 г. №57-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»)² незаконно добытые объекты животного мира и полученная из них продукция, а также орудия незаконного добывания объектов животного мира, в том числе транспортные средства, подлежат безвозмездному изъятию или конфискации в порядке, установленном законодательством РФ. Безвозмездно изъятые или конфискованные объекты животного мира подлежат возвращению в среду обитания. В случае, если физическое состояние объектов животного мира не позволяет вернуть их в среду обитания, они, а также полученная из них продукция подлежат реализации или уничтожению в порядке, установленном Правительством РФ. При этом согласно пункту 6 Примечаний к таксам, утвержденным приказом Министерства охраны окружающей среды и природных ресурсов РФ от 4 мая 1994 года №126, при невозможности изъятия незаконно добытой продукции с виновных лиц взыскивается ее стоимость, исчисляемая по рыночным (коммерческим) ценам.

¹ Собрание законодательства РФ. 2000. №40. Ст. 3972.

² Собрание законодательства РФ. 2007. №17. Ст. 1933.

Вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения

НЕСТАНДАРТНАЯ ЗАНЯТОСТЬ

*Баранова Л.Я. -
к.э.н., доцент кафедры общегуманитарных,
социально-экономических, математических и естественно-
научных дисциплин*

Понятие стандартной и нестандартной занятости не являются общепринятыми понятиями, это предмет дискуссий среди экономистов. Стандартная занятость - это занятость по найму в режиме полного рабочего дня на основе бессрочного трудового договора на предприятии или в организации под руководством работодателя или назначенных им менеджеров. Такой стандарт закрепляется законодательно. Все формы занятости, отклоняющиеся от данного стандарта, могут рассматриваться как нестандартные. Стандартная занятость стала складываться за рубежом еще в 19 веке при развитии индустриализации. Стандартная занятость в то время преобладала, однако не была единственной формой занятости. На Западе появился вторичный рынок труда и периферийные рабочие места. Значительные изменения на рынках труда стран Центральной и Восточной Европы и развитых стран произошли к началу 1980-х годов. Они привели к сужению и размыванию масштабов стандартной занятости. Сократился удельный вес крупной промышленности, усиление глобальной конкуренции заставило работодателей искать пути снижения издержек, что явилось основой более гибких трудовых отношений между работниками и работодателями. Рост безработицы ограничил возможность создания стандартных (полных и постоянных) рабочих мест для всех желающих их занять.

Развитие нестандартного труда связывают со значительным увеличением на рынке труда женщин, имеющих детей, пенсионеров и студентов. По мнению американского социолога А. Калеберга, стандартная организация трудовых отношений скорее является исторической аномалией, тогда как разнообразие форм нестандартной занятости становится общим правилом.

Нестандартные трудовые отношения рассматриваются с двух позиций: как отношения условий контракта в сторону сужения или расширения от принятого стандарта. Нестандартными работниками могут стать как лица, имеющие обычный контракт, так и не имеющие его вовсе (самозанятые, кто трудится в нестандартном режиме, на основе устной договоренности). К числу нестандартных форм занятости относят: неполную занятость, сверхурочную занятость, временную занятость, случайную, занятость на основе договоров гражданско-правового характера, занятость на основе лизинга персонала, вторичную занятость, неформальную занятость. Некоторые виды занятости могут переплетаться между собой. Например, занятые в неформальном секторе не имеют постоянного контракта, трудятся неполное рабочее время. Нестандартная занятость как сложное экономическое явление не может восприниматься только положительно, или только отрицательно. Работник, занимая нестандартное рабочее место, несет определенные потери и в то же время имеет определенные преимущества. Как правило, он социально ущемлен, не имеет возможности карьерного роста, получает более низкую оплату труда, отсутствует гарантия занятости, но в то же время снижается риск безработицы, улучшаются шансы трудоустройства, работник не теряет профессиональных навыков.

Для работодателя это дает экономию на издержках на труд, повышение конкурентоспособности продукции, возможность не только сохранить существующие рабочие места, но и создать новые. Фирмы снижают инвестиции в человеческий капитал, так всегда можно найти работников, соответствующих требованиям фирмы и желающих трудиться на нестандартных условиях.

До начала рыночных преобразований в России трудились практически все. Правда и в плановой экономике существовали отклонения от стандарта - занятые в неформальном секторе (в личном подсобном хозяйстве; лица, занимающиеся частным извозом; репетиторы; шабашники). В трансформируемой экономике государство отказалось от принципа полной занятости и действий по ее достижению. Появилась конкуренция между фирмами за наиболее квалифицированного и физически здорового работника и конкуренция между людьми за престижные рабочие места. Рост безработицы в первые годы реформ привел к усилению гибкости рынка труда и увеличению масштабов нестандартной занятости. В России на

стандартных условиях трудового договора трудится 80% занятых, однако если учесть соответствие стандарту фактических условий занятости, то их доля снизится до 60-65%¹. Речь идет о нестандартном режиме работы и нестандартной оплате труда. Падение уровня занятости в пореформенный период на 15,6% было неадекватно сокращению ВВП на 40,2%². После оживления экономики показатели безработицы сократились вдвое до 7,3%. Таких темпов улучшения ситуации на рынке труда не отмечалось ни в одной стране с переходной экономикой. Регистрируемый уровень безработицы удерживался на значительно низком уровне в 2005 году - 5,8%, в настоящее время - 2,5%³. Однако следует отметить, что низкий уровень официальной безработицы является следствием низкой заработной платы, которую гарантируют рабочие места, предлагаемые службой занятости.

Российская безработица по сравнению со странами Центральной и Восточной Европы изменялась плавно и не достигла ожидаемых критических значений. Сейчас по уровню безработицы (общей регистрируемой) Россия относится к числу наиболее благополучных стран. В значительной степени этому способствовало развитие нестандартной занятости. Следует отметить и оборотную сторону этого явления - не в полной мере используется потенциал занятых и снижается качество занятости. Люди вынуждены искать дополнительные источники средств существования из-за низкой заработной платы и бедности, соглашаясь на любые условия труда. В развитых странах величина стандартной занятости изменялась в соответствии с колебаниями экономического цикла, сокращаясь в годы экономического спада и возрастая в период подъема.

Российский рынок труда делится в пореформенный период на две части: первый - 1991-1998 гг. и второй - 1999-2006 гг. Первый этап характеризуется сокращением занятости, ростом открытой и скрытой безработицы, уменьшением продолжительности рабочего времени, снижением реальной заработной платы. Второй этап связан с трансформационным подъемом, когда основные показатели рынка труда улучшаются. Уровень занятости в 2005 году возрос до 77% по сравне-

¹ Руденко Г.Г. Формирование рынка труда: учебное пособие. / Г.Г. Руденко, Б.И. Муртозаев, под ред. Ю.Г. Одегова. - М.: Экзамен, 2004. С. 163.

² Кашепов А. Факторы, детерминирующие занятость россиян. // Человек и труд. 2003. №1. С. 58-62.

³ Экономика труда: учебник. - М.: Экзамен, 2006. С. 267.

нию с 61% в 1998 году¹. В России в годы реформ возник особый, не встречающийся в других странах вид занятости - непродуктивная занятость (то есть непродуцирующая занятость, не дающая продукции). Это означает, что лица, сохраняющие статус занятых по договору, из-за приостановки работы всего предприятия или отдельных цехов какое-то время совсем не работают, хотя продолжают числиться в списках штатного персонала. Работники не получают заработной платы, являются скрыто безработными. По данным отчетности крупных и средних предприятий, доля лиц, побывавших в течение года в отпусках по инициативе администрации, достигла максимального значения в 1988 году (15,8%). Удельный вес лиц, не получавших во время вынужденного отпуска денежной компенсации - более 40%². На крупных и средних предприятиях занятость сокращалась быстрее, чем на мелких, с 59 млн. человек в 1992 году до 39 млн. человек в 2004 году³. Даже в условиях экономического роста эти предприятия не создают новые рабочие места, а продолжают их сокращать, что дает основание предположить, что в свое время новые рабочие места создавались на неформальной или полужформальной основе, в обход законов.

В основном неформально занятыми становились работники низкой конкурентоспособности, так как они считают, что это лучше, чем остаться без работы вообще. Скрытая занятость на российском рынке связана также с наличием значительного числа низкооплачиваемых, нестабильных и других рабочих мест.

В отличие от скрытой безработицы скрытая занятость маскируется, потому что, как правило, она выходит за рамки правового поля и проявляется в теневой экономике. Она не оформляется трудовым договором и дает возможность работнику не декларировать свои доходы. В некриминальной части теневой экономики задействовано, по разным оценкам, от 7 до 60 млн. человек, скрывающих свои доходы и расходы⁴. Для того, чтобы увеличить численность населения трудоспособного возраста в формальной экономике, следует разра-

¹ Вишневецкая Н.Т. Нестандартные формы занятости в странах с развитой рыночной и переходной экономикой. // Труд за рубежом. 2004. №4. С. 45-77.

² Алонкина Л.И. Занятость в трансформируемой экономике. // Труд и социальные отношения. 2007. №3. С. 10-17.

³ Варшавская Е. Сверхурочная занятость: международная практика и российский феномен. // Человек и труд. 2006. №6. С. 54-64.

⁴ Вишневецкая Н.Т. Нестандартные формы занятости в странах с развитой рыночной и переходной экономикой. // Труд за рубежом. 2004. №4. С. 45-77.

ботать и принять правовые меры по легализации неформального сектора.

К гибким формам занятости относится занятость в рамках неполного рабочего времени. Неполная занятость (продолжительность рабочего времени менее 30 часов в неделю) представляет собой скрытую безработицу. В России встречается редко (менее 2%). Широкое распространение неполная занятость получила в развитых странах. Рост потребности в неполной занятости был обусловлен массовым выходом в начале 1970-х годов на рынок труда женщин, родившихся в период первой волны послевоенного бума рождаемости. Точную оценку масштабов неполной занятости затрудняет отсутствие единых подходов к определению этого явления в национальной статистике. Национальные статистические службы стран с развитой рыночной и переходной экономикой, используя данные обследований рынка труда, применяют три основных подхода к измерению частично занятых: оценка самими опрашиваемыми режима своей занятости; «пороговый» критерий, при котором опрашиваемый считается не полностью занятым, если он работает менее установленной нормы продолжительности рабочего времени; комбинированный подход, при котором объединяются два первых подхода.

Первый подход, который применяется во Франции, наименее точен, так как многие работники затрудняются в оценке длительности своей работы, особенно, если отсутствует какой-либо стандарт полного рабочего дня. Работники часто относят себя к полностью занятым только потому, что продолжительность их рабочего дня короче, чем у других работников данного предприятия. Особые затруднения испытывают работники, имеющие временный контракт.

В странах, использующих второй подход, устанавливается определенный «порог» продолжительности рабочей недели, ниже которой начинается частичная занятость. Однако величина этого «порога» в разных странах значительно различается. В Канаде, Финляндии и Новой Зеландии этот показатель составляет 30 часов, в США, Японии, Австралии, Исландии - 35 часов, в Венгрии и Турции - 36 часов, в Норвегии - 37 часов. Использование этого метода затрудняет межстрановые сопоставления, так как определенные группы рабочей силы в одной стране относятся к частично занятым, в другой - попадают в группу работающих полный рабочий день.

При комбинированном подходе национальные статистические органы проводят переоценку информации, получаемой от респондентов на момент опроса. Даже если работник относит себя к частично занятым, учитывается норма продолжительности рабочей недели и работника переводят в разряд занятых полное рабочее время, если его занятость выше установленной законом. В странах ОЭСР такая форма занятости получила широкое распространение. В 2003 году в 30 странах, входящих в эту организацию, удельный вес не полностью занятых составил 15% от общей численности работающих. Самый высокий показатель частичной занятости в Нидерландах - 35% всех работников трудятся в условиях неполного рабочего времени. Меньше всего частичная занятость распространена в Греции, Турции и Испании¹. Р. Фридмен назвал экономику Нидерландов единственной экономикой в мире, основанной на частичной занятости. Причинами высокой частичной занятости является ответственность голландских женщин за благополучие семьи. Увеличение часов работы предприятий сферы услуг повысило спрос на частичных работников. Работа на условиях неполного рабочего времени стала экономически более выгодной, так как лиц с невысокими доходами освободили от уплаты подоходного налога и взносов в систему социального страхования. Но наиболее важным фактором стали изменения в трудовом законодательстве, почти полностью уравнившие в правах всех занятых, независимо от продолжительности времени работы. Работа на условиях частичной занятости оплачивается по единым ставкам с постоянными сотрудниками. Частично занятые получают оплату за сверхурочные часы, премии, имеют равный доступ к образовательным корпоративным программам.

Однако частично занятые несут социальные издержки, по сравнению со стандартно занятыми их уровень оплаты ниже. Почасовая оплата труда занятых составляла в конце 1990-х годов по странам ОЭСР в целом частично 76% от соответствующего показателя для работающих полный рабочий день без учета качества рабочих мест и профессионально-квалификационных характеристик и стажа работы¹.

Помимо заработной платы, важным для частично занятых является доступ к социальным услугам - пенсиям, меди-

¹ Вишневецкая Н.Т. Нестандартные формы занятости в странах с развитой рыночной и переходной экономикой. // Труд за рубежом. 2004. №4. С. 45-77.

цинскому обслуживанию и получению пособий по безработице. Во многих странах с развитой рыночной экономикой были приняты законодательные акты, направленные на обеспечение равного доступа к социальным услугам лиц, работающих на условиях неполной занятости. Однако в некоторых странах (Германия, Ирландия, Япония) доступ к пенсиям и медицинскому здравоохранению имеют только те работники, чья заработная плата превышает определенный минимум, а продолжительность рабочей недели составляет не менее 15-20 часов. Ущемляет положение частично занятых и то, что на них не распространяется законодательство об оплате за сверхурочную работу.

Несмотря на то, что частичные работники оказываются в более невыгодном положении по сравнению с полностью занятыми, многие мирятся с этим как со своеобразной платой за возможность иметь больше свободного времени или совмещать трудовую карьеру с достижениями других жизненных целей.

В развитых странах растет занятость женщин, имеющих детей, особенно в Скандинавии. Рождение детей оказывает противоположное влияние на уровень занятости на работе мужчин и женщин. В то время как для женщин наличие детей обычно ведет к снижению занятости, для мужчин наличие детей занятость увеличивает. Наибольший уровень занятости женщин в скандинавских странах - 71%, а наименьший в Италии - 30,6%.¹

В зависимости от формы системы социальной защиты, признания важности семьи как социального института, тенденций к занятости женщин европейские страны могут быть разделены на пять групп.

Первая группа включает северные страны - Швецию, Данию, Финляндию и Норвегию. Здесь сложились развитые системы сочетания интересов работы и семьи, включая многообразие системы детских учреждений, отпуска по уходу и пособия, правила по изменению режима работы родителей, имеющих маленьких детей. Причем основанием для вмешательства государства служит не поддержка семьи как таковой, а необходимость обеспечения благосостояния граждан, особенно детей. Участие женщин на рынке труда в этих странах наиболее высокое среди развитых стран.

¹ Чубарова Т.В. Совмещение работы и семейных обязанностей: опыт развитых стран. // Труд за рубежом. 2004. №4. С. 48-67.

Вторая группа объединяет страны Южной Европы - Грецию, Италию и Португалию. Здесь расширенная семья по-прежнему важный социальный институт, и молодые люди обычно живут в семье родителей достаточно долгое время. Уровень участия женщин на рынке труда остается относительно низким, за исключением Португалии. В целом государственная поддержка мер по сочетанию интересов семьи и работы незначительная, что отражает тот факт, что женщины в этих странах по-прежнему рассматриваются скорее как домохозяйки, а не полноправные участники рынка труда.

Третья группа включает страны Центральной Европы - Австрию, Нидерланды и Германию. Здесь значительная роль отводится семье как социальному статусу, и работник рассматривается в контексте своей семейной жизни. Системы социальной защиты основаны на оплачиваемой работе - социальное и пенсионное обеспечение финансируется в основном за счет взносов работодателей и работников. Государственная система заботы о детях развита менее, чем в северных странах, но более, чем в странах Южной Европы. Уровень занятости женщин традиционно относительно низок, особенно в Нидерландах.

Четвертая группа состоит из островных государств Европы - Великобритании и Ирландии. В этих странах сильный акцент делается на свободу рыночных сил и индивидуальной свободе в сочетании с относительно более низкой степенью участия государства в экономической поддержке семьи. До настоящего времени здесь практически не существовало отпуска по уходу за ребенком, хотя сейчас положение изменяется в соответствии с требованиями Евросоюза. Традиционно ожидается, что женщины более ценят дом. Уровень занятых женщин в Великобритании достаточно высок, но незначительна доля женщин, работающих неполный рабочий день.

В пятую группу входят Бельгия, Франция и Люксембург. В этих странах подчеркивается роль рождаемости. Бельгия стала одной из стран, где родителям позволено делать перемены в карьере. Во Франции традиционно предпринимались попытки помочь женщине сочетать работу и воспитание детей.

Работодатели играют важную роль в обеспечении сочетания работы и семейных обязанностей. Какие бы меры ни принимало в рассматриваемой области государство, основное противоречие между выполнением трудовых и семейных обязанностей решается на рабочем месте. В развитых странах в

соответствии с деловой практикой и социальными ценностями, поддерживаемыми бизнесом, многие организации не только строго соблюдают государственные требования в рассматриваемой области, но и вводят дополнительные меры, в том числе и под давлением профсоюзных организаций. Причем в последнее время наблюдается усиление интереса к предоставлению работникам различных льгот, с тем, чтобы помочь им решить свои проблемы и примирить требования работы и семьи. Программы поддержки семей сотрудников включают достаточно широкий спектр мероприятий, которые предназначены для того, чтобы позволить занятым сочетать семейные обязанности с работой. Упомянутые мероприятия можно разделить на четыре основные группы: предоставление отпуска по семейным обстоятельствам, оказание финансовой помощи (по случаю рождения ребенка), оказание информационной и юридической поддержки и обеспечение.

Отпуска предоставляются в виде дополнительного отпуска по уходу за маленьким ребенком или престарелым членом семьи, или ввиду болезни ребенка. Изменения в режиме работы включают сокращение рабочего времени (с полного на неполный рабочий день), работу на дому, гибкий рабочий график. Программы по поддержке семей, занятых по месту работы, могут быть условно разделены на специализированные и общие. Первые включают меры, направленные на помощь отдельным группам работников, в основном, родителям с маленькими детьми, в то время как вторые ориентированы на широкий круг работников с различными потребностями, включая тех, кто ухаживает за престарелыми.

Развитие информационных технологий привело к созданию гибких рабочих мест или работы вне основного офиса компании. Данная форма занятости предполагает подписание индивидуального трудового договора о выполнении работы в любом месте, за исключением основного офиса компании в течение всей или части рабочей недели. Подобная форма занятости имеет две разновидности: работа на дому без использования информационных технологий, в том числе для лиц, находящихся в постоянных поездках (например, менеджер по продажам), работа вне основного офиса с использованием информационных технологий в течение полного рабочего дня.

В 1980-е годы в условиях необходимости сокращения издержек работа вне офиса как одна из форм гибкой занятости стала способом снижения издержек по содержанию офисов,

привлечению топ-менеджеров и высокооплачиваемых работников в сферах, испытывающих нехватку рабочих рук. В качестве места работы используются следующие варианты: своеобразный домашний офис, оснащенный необходимой оргтехникой; вспомогательный офис, дающий возможность работать с использованием информационных технологий; мобильный офис использует информационное и коммуникационное оборудование для работы в разных местах (дома, в автомобиле с учетом мобильного характера работы работника (страховой агент, менеджер по продажам и др.).

Формы дополнительной (вторичной) занятости могут быть самыми разнообразными, как связанными, так и не связанными с основной трудовой деятельностью. К их числу относятся самозанятость, профессиональная деятельность по заказу, совместительство, производство потребительских товаров, посредническая деятельность, уличная торговля, предоставление услуг населению, репетиторство. Иногда человек использует несколько форм дополнительной занятости. По одним данным, дополнительная занятость охватывает около 8 млн. человек, по другим - 7-10 млн. Приработки в виде совместительства имеют до 70% работников¹. В России вторичная занятость включается в государственную политику регулирования рынка труда. Государство может способствовать как росту ее масштабов, так и ее сокращению, стремление человека занять не одно, а несколько рабочих мест - результат низкой оплаты труда. При этом более конкурентоспособные работники займут более одного места, а другие вообще останутся без работы. Вторичная занятость негативно влияет на здоровье работника, так как повышает интенсивность и продолжительность труда. Часто вторичная занятость сосредоточена в теневом секторе рынка труда.

К наиболее распространенным формам занятости относятся частичная и временная занятость. Уровень частичной занятости (скрытой безработицы) в середине 1990-х годов составил около 4%, но в отдельных отраслях - текстильной, обувной достигал 20%. И только после 1999 года стал меньше 1%². Единого определения этой формы трудоустройства до сих пор нет, хотя критерий отнесения той или иной работы к частичной занятости существует - сокращенный объем трудовой

¹ Варшавская Е. Сверхурочная занятость: международная практика и российский феномен. // Человек и труд. 2006. №6. С. 54-64.

² Экономика труда: учебник. - М.: Экзамен, 2006. С. 267.

нагрузки до 20 часов в неделю. Если раньше нестандартные условия занятости носили в основном добровольный характер (женщины, пенсионеры, молодежь), то сейчас они используются по инициативе администрации. Важными элементами активной политики занятости стали государственное субсидирование частичной занятости, сокращение и перераспределение индивидуальной трудовой нагрузки, разделение рабочего места и рабочего времени, сокращение нормативной и фактической продолжительности рабочей недели, увеличение размера ежегодно оплачиваемого отпуска.

Концепция разделения рабочих мест впервые появилась в середине 1960-х годов как способ разделения одного рабочего места между двумя или более занятыми, что позволило повысить гибкость политики занятости. Формы организации рабочего времени при этом виде занятости могут быть различными: разделение одного рабочего дня; разделение рабочей недели; работа через неделю (в течение другой недели работает напарник). Оплата труда, праздничных дней, предоставление прочих преимуществ осуществляется соответственно количеству отработанных рабочих часов. В практике Сингапура, как и в мировой практике, различают три формы разделения рабочих мест. Первая - совместная ответственность работников - ситуация, при которой двое занятых несут совместную ответственность за один полный рабочий день и являются взаимозаменяемыми в работе. Вторая форма предусматривает раздельную ответственность, при которой двое занятых делят одно рабочее место и разделяют ответственность при выполнении проекта или решении проблемы клиента. Они выполняют раздельные независимые функции, но при необходимости могут заменить друг друга. Независимая ответственность - ситуация, при которой двое занятых выполняют совершенно разные задачи, но с точки зрения руководства они работают на одном рабочем месте, в одном подразделении. Но, по сути дела, они - два частично занятых лица, не зависящих друг от друга.

Преимущества такой формы занятости связаны с более широкими возможностями привлечения квалифицированных лиц, повышению уровня квалификации на основе обмена опытом и знаниями. Она упрощает организацию труда в случае отпуска или болезни одного из занятых, дает возможность увеличить продолжительность рабочего дня без увеличения общего количества рабочих часов на одного работающего,

использовать труд пожилых лиц. Среди издержек данной формы занятости можно назвать проблему поиска партнера (при несовместимости лиц, занятых на одном рабочем месте, индивидуальный трудовой договор может быть расторгнут). Как и при частичной форме занятости, здесь растут издержки на подготовку кадров, на обеспечение необходимым оборудованием, мебелью, когда занят не один человек, а, как минимум, двое.

Не все виды работ подходят для такой формы занятости, как разделение рабочих мест, а только работа, связанная с выполнением поставленных задач или определенного объема производства. Это касается сферы образования и здравоохранения, прочих общественных услуг, секретарских и административных обязанностей.

Впервые в 1967 году в Германии появилась практика гибкого рабочего графика, или скользящего графика, в соответствии с которой работнику предоставляется право выбора начала и окончания рабочего дня при условии выполнения общего количества рабочих часов. В большинстве случаев все занятые лица обязаны присутствовать в течение так называемых основных рабочих часов, зафиксированных в период самого позднего начала работы и самого раннего окончания работы.

Впоследствии эту практику стали применять в Швейцарии, где стояла задача привлечения к труду женщин, занятых домашним хозяйством, а также в США в корпорации Хьюстон-Паккард. По желанию сотрудника рабочий день может начинаться в период с 7.30-9.30 и заканчиваться в период с 16.30-18.30 с учетом личных интересов. Это может быть необходимость ухода за детьми или пожилыми лицами, или проживание в отдаленных районах, что требует немало времени (особенно учитывая пробки на дорогах) на проезд в офис.

По мнению экспертов, гибкий рабочий график позволяет наиболее удачно сочетать рабочие и личные интересы, сокращать текучесть кадров, повышать степень удовлетворенности работой. Среди преимуществ можно выделить такие, как возможность удлинить сроки работы компании без увеличения заработной платы сотрудников; сокращать потери рабочего времени в начале рабочего дня; улучшать телефонную связь с регионами, расположенными в других часовых поясах; переносить на следующий период излишние или недостающие рабочие часы; повышать возможность удовлетворения личных потребностей. Четко проявляется возможность сбалансировать

работу с личной и семейной жизнью, что содействует повышению мотивации и производительности труда. Гибкий рабочий график позитивно влияет на производительность труда, позволяет строить работу с учетом биологических часов каждого работающего, улучшать моральные мотивы работы, повышать эффективность управления, включая переход от системы контроля к гибкому менеджменту и более широкому использованию преимуществ самоуправления.

Вместе с тем, гибкий рабочий график влечет и определенные издержки, в частности, необходимость составления графика и планирования потоков рабочей силы в часы, когда в офисе присутствует мало сотрудников, сложность координации между занятыми лицами. В отраслевом разрезе гибкий график наиболее часто применим к работе менеджеров, в сфере услуг, инфраструктуре.

Концепция суммированного учета ежегодных рабочих часов служит разновидностью гибкого рабочего графика, когда работнику определяется общее количество часов работы в год.

Эта концепция впервые внедрена в Швеции в 1977 году компаниями, предлагавшими сезонную работу, а также компаниями непрерывного производственного цикла. Работнику предлагается индивидуальный трудовой договор на общее количество рабочих часов в год - 3 тыс. часов. Порядок оплаты определяется с учетом фиксированных ежемесячных выплат независимо от количества часов, проработанных в месяц. Подобная форма занятости в большинстве случаев не предусматривает привлечения к сверхурочным работам за исключением ситуаций, при которых ежегодное рабочее время превышает количество часов, определенных стандартом.

Ежегодные рабочие часы включают три компонента. Одним из них являются базовые часы, когда общее количество рабочих часов рассчитывается за год без учета потенциальных проблем (поломка оборудования, болезнь работника). Вторым элементом являются праздничные дни, которые устанавливаются действующим законодательством. Третья часть представляет собой зарезервированные часы, которые определяются как дополнительные часы работы при возникновении проблем, когда сотрудник вызывается на работу вследствие отсутствия коллеги на работе из-за болезни или занятости в период повышения квалификации. Сверхурочные часы не оплачиваются, так как учитываются в ежемесячной оплате труда.

Определение ежегодно отработанных часов без деления на рабочие недели, дни и количество часов в день позволяет компаниям снизить издержки на рабочую силу за счет ликвидации системы сверхурочных работ, а значит, сэкономить на их оплате, увеличить базовую оплату труда и прочие стимулы; повысить производительность труда с учетом ликвидации сверхурочных работ. Занятые лица осознают важность сохранения зарезервированных часов, если работник не был вызван на работу по тем или иным чрезвычайным обстоятельствам, то он вправе рассчитывать на получение полного эквивалента этих часов в виде нескольких дополнительных недель отпуска. Сложности реализации рассматриваемой формы гибкой занятости вызваны трудностями разработки эффективного административного механизма контроля, особенно с учетом индивидуальных рабочих графиков.

Представительство корпорации «Сименс АГ» в Сингапуре широко использует суммированный учет ежегодных рабочих часов в целях удовлетворения запросов клиентов. Инженерно-технические работники вправе выбрать один из семи разработанных вариантов организации рабочего времени в объеме 1800-2520 часов в год с ежемесячной оплатой труда.

Разновидностью суммированного учета ежегодных рабочих часов можно считать посеместровую работу в течение учебного года за исключением праздничных дней. Она применяется в сфере образования, а также работающими родителями, имеющими несовершеннолетних детей и стремящихся проводить каникулы вместе с ними. Данная форма организации рабочего времени также имеет ряд издержек, в том числе невозможность использования в практике работы высококвалифицированных лиц, руководства компаний и предприятий, в ресторанном и гостиничном бизнесе, где периоды каникул являются наиболее массовыми с точки зрения наплыва клиентов.

В США и Японии частично занятый работник трудится менее 35 часов в неделю, в Сингапуре - менее 30 часов. Преимущества частичной занятости связаны с привлечением и наймом большого числа занятых, с возможностью повысить гибкость управления персоналом. Данная форма занятости позволяет привлечь к работе в часы пик дополнительные рабочие руки, чтобы снизить нагрузку на работающих и лучше удовлетворить потребности клиентов. Частичная занятость не менее продуктивна по сравнению с полной формой занятости, а в отдельных случаях ее преимущества выше. По мнению

аналитиков Гарвардского университета, частично занятые работники в среднем решают больше вопросов в час и качественнее обслуживают клиентов. Другие преимущества связаны с наймом высококвалифицированных работников, не имеющих возможности трудиться полный рабочий день по разным обстоятельствам. Проблемы практической реализации частичной формы занятости связаны с ростом издержек на обучение кадров, обеспеченности мебелью, оборудованием, когда заняты несколько лиц, а не один человек, трудностями организации встреч, совещаний, планированием организации рабочего времени. Некоторые работодатели и аналитики считают, что у частично занятых лиц не хватает чувства солидарной ответственности перед компанией.

Частичная занятость применяется для офисных служащих, работающих по сокращенному рабочему графику, для квалифицированных высокооплачиваемых работников, для лиц, проходящих те или иные формы повышения квалификации. Рассматриваемая форма занятости популярна в США, Великобритании, Японии, в которых на ее долю приходится 17%, 29% и 23% общей численности работающих соответственно¹.

Временная (непостоянная) занятость существовала всегда как форма трудоустройства, но использовалась лишь при определенных условиях.

Временная занятость как краткосрочная занятость действует на формальной (с подписанием краткосрочного индивидуального трудового договора, а иногда и на несколько лет) или на неформальной (в отношении сезонных или эпизодических работ) основе. Сейчас уровень временной занятости составляет более 10%, в развитых странах доходит до 30%².

Человек работает в течение полного рабочего дня или недели, то есть полное количество рабочих часов, но не имеет права на получение ряда преимуществ.

Использование дополнительного количества рабочих рук на временной основе позволяет справиться с сезонными колебаниями в скользящем графике или нанять работников на место временно отсутствующих (например, находящихся в отпуске по беременности и родам). Это дает возможность компании гибко решать проблему свободных рабочих мест

¹ Костюнина Г.М. Гибкие формы занятости: мировой опыт и практика Сингапура. // Труд за рубежом. 2004. №4. С. 95-107.

² Алонкина Л.И. Занятость в трансформируемой экономике. // Труд и социальные отношения. 2007. №3. С. 10-17.

или избегать массового увольнения работников в период неблагоприятной экономической ситуации и сохранять имидж компании.

Временно занятый может повысить квалификацию с сохранением места работы, смягчить переход с одной работы на другую, из образовательного учреждения на работу. Временная занятость повышает доходы и степень независимости высококвалифицированных работников.

Временная занятость применяется в административной работе, в сфере образования, здравоохранении, гостиничном и ресторанном бизнесе, в финансовых и страховых услугах, а также в высокотехнологичных компаниях, таких как «Майкрософт», «Боинг», «Интел».

Заемный труд стал использоваться в США в 1920-1930-х годах для пополнения дефицита сезонной рабочей силы. Сейчас частные агентства занятости создают штат сотрудников, состоящий из специалистов разных профессий. При срочном запросе какой-либо компании на конкретного специалиста агентство предоставляет в аренду необходимую штатную единицу. Когда срок договора заканчивается, работника направляют на работу в другую фирму. Иногда предприятие часть своих работников выводит за пределы штатного расписания и предоставляет их в аренду кадровому агентству. Этот вид лизингового труда называется аутстаффингом. «Нестле», «Вимбилль-Данн», «Тетра-Пак» используют в своей кадровой практике аутстаффинг.

Компании, использующие заемный труд, сокращают административно-управленческие расходы и налогооблагаемую базу. В выигрыше оказываются и частные кадровые агентства, получающие высокие прибыли. Наиболее востребованными среди заемщиков являются финансисты, переводчики, маркетологи, кадровики, программисты. Лизинговый труд может быть привлекательным для безработных, приезжающих из других регионов, молодых специалистов без опыта работы, женщин с маленькими детьми и совместителей. Однако временщики лишены премий, бонусов, доплат за переработку, соцпакета.

По samozанятости (около 6%) Россия отстает не только от развитых, но и большинства постсоциалистических стран. Что касается других форм нестандартной занятости (работа в личном подсобном хозяйстве, сверхурочный труд), они встречаются в рыночной экономике редко или не встречаются

вообще¹. Наличие в России подобной занятости указывает на невысокий уровень ее экономического развития.

Разработка и внедрение различных форм нестандартной занятости вызваны необходимостью решения проблем безработицы, создания гибких рабочих мест, поиска новых источников рабочей силы и оптимизации ее использования. Преимущества гибкой занятости заключаются в сочетании производственных обязанностей с личными и семейными потребностями, в притоке на рынок труда молодых специалистов и сглаживании проблемы выхода на пенсию, в сокращении издержек и эффективном управлении персоналом.

ПРАВОПРЕКРАЩАЮЩИЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ФАКТЫ В ИНЫХ НЕПОСРЕДСТВЕННО СВЯЗАННЫХ С ТРУДОВЫМИ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

*Долова А.З. -
к.ю.н., доцент, Заслуженный юрист КБР,
зав. кафедрой трудового и предпринимательского права
Кабардино-Балкарского ГУ*

При рассмотрении иных непосредственно связанных с трудовыми правоотношениями за основу возьмем классификацию последних на индивидуальные, коллективные и вспомогательно-обеспечительные.

Индивидуальные отношения

Правоотношения по профессиональной подготовке, переподготовке и повышению квалификации работников у данного работодателя. Прекращаются в момент окончания обучения, отчисления работника из учебного заведения, прекращение договора на обучение по основаниям действующего законодательства, поступление работника на работу в соответствии с полученными в процессе обучения профессиональными навыками².

¹ Чубарова Т.В. Совмещение работы и семейных обязанностей: опыт развитых стран. // Труд за рубежом. 2004. №4. С. 48-67.

² Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. - М.: ООО "Журнал "Управление персоналом", 2005. С. 194.

Поскольку выделяется два вида таких правоотношений: по ученическому договору и по руководству обучением на производстве¹, то ученическое правоотношение прекратится с окончанием обучения и сдачей учеником квалификационного экзамена. Правоотношение по руководству обучением прекращается с момента сдачи учеником квалификационных экзаменов. Но, как правильно указывают ученые, данное правоотношение по обучению может возникнуть и как разновидность трудового правоотношения, если он занят только обучением учеников².

Следует отметить изменение, внесенное в Трудовой кодекс РФ. С 6 октября 2006 г. впервые работник в случае увольнения без уважительных причин по общему правилу обязан возместить затраты, понесенные работодателем на его обучение, исчисляемые пропорционально фактически не отработанному после окончания обучения времени, а не в любой сумме, определенной сторонами.

Правоотношения по материальной ответственности работодателей и работников в сфере труда

Основаниями для прекращения данных правоотношений является возмещение причиненного материального ущерба или компенсации морального вреда; отказ взыскателя от права на возмещение ущерба или компенсацию морального вреда; вступившее в законную силу решение об отказе в удовлетворении требования о возмещении ущерба или компенсации морального вреда³. Говоря о таком основании прекращения правоотношения, как возмещение причиненного материального ущерба или компенсации морального вреда, К.Н. Гусов и В.Н. Толкунова уточняют, что они прекращаются с момента окончания выплаты причитающихся сумм⁴.

Отдельно хотелось бы остановиться на предъявлении требований о компенсации морального вреда в случаях, указанных в законе. Работник должен доказать факт его причинения. Доказательствами могут быть: заболевание, возникшее в связи с потерей работы; невозможность трудоустроиться или получить статус безработного в связи с задержкой выдачи

¹ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 117.

² Там же.

³ Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. - М.: ООО "Журнал "Управление персоналом", 2005. С. 200.

⁴ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 119.

трудоустройке; нравственные страдания; задержка выплаты заработной платы и т.п. На практике размер компенсации или невелик, или вообще не выплачивается.

Первый пример. Решением Первомайского районного суда г. Кирова энергетик Рылов Н.П., уволившийся по собственному желанию, был восстановлен в занимаемой должности в ПМК-1 ЗАО треста «Ямалстройгаздобыча» на том основании, что его вынудили подать заявление об увольнении по собственному желанию. Истец просил взыскать денежную компенсацию морального вреда в сумме 40 000 руб. Однако в этой части исковые требования были удовлетворены частично. Признав обоснованными исковые требования по сути по основанию незаконности увольнения, суд определил размер компенсации в 500 рублей¹.

Второй пример. Литвинов О.В. обратился с иском о перерасчете рабочего времени, признании времени, выходящего за пределы нормальной продолжительности, сверхурочной работой, взыскании заработной платы за сверхурочное время, взыскании компенсации морального вреда в сумме 20 000 рублей. Дело было рассмотрено по существу, хотя и был пропущен срок исковой давности. Довод о том, что судья должен был принять решение об отказе в иске без исследования фактических обстоятельств по делу в связи с пропуском истцом срока исковой давности не мог быть принят во внимание, так как одним из требований иска указано о взыскании компенсации морального вреда, срок исковой давности по которому не применим. Однако решением мирового судьи г. Саратова отказано в удовлетворении исковых требований о возмещении компенсации морального вреда, поскольку по делу не установлено противоправных действий со стороны работодателя².

Правоотношения по рассмотрению трудовых споров

Данный вид правоотношений делится на две группы:

- правоотношения по рассмотрению индивидуальных трудовых споров;
- правоотношения по рассмотрению коллективных трудовых споров.

¹ Решение Первомайского районного суда Кировской области от 6 мая 2005 года. // Защита трудовых прав граждан и прав в сфере социального обеспечения в судебной практике. / Сост. А.Л. Благодар, И.Л. Дубровина. - 2005. С. 43-47.

² Судебная практика Приволжской железной дороги - филиала ОАО «РЖД» по спорам, вытекающим из трудовых отношений за 2005-2006 годы. Выпуск 1. Саратов, 2006. С. 1-6.

Основаниями прекращения правоотношений по рассмотрению индивидуальных трудовых споров являются отказ заявителя (истца) от заявленных требований; заключение мирового соглашения между участниками индивидуального трудового спора; вступление в законную силу решения органа по рассмотрению индивидуальных трудовых споров.

Говоря о таком юридическом факте, как вступление в законную силу решения органа по рассмотрению индивидуальных трудовых споров, хотелось бы отметить, что не вступившее в законную силу решение мирового судьи может быть проверено в районном суде в апелляционном порядке. В этом случае дело по апелляционной жалобе рассматривается районным судом по существу и окончательно. Более того, апелляционное решение, даже если оно содержит вывод, противоположный решению мирового судьи, вступает в силу немедленно и не может быть объектом кассационной проверки в суде второй инстанции.

ООО «Телеком» обратилось с апелляционной жалобой на решение мирового судьи. Истец работал в должности технического администратора узла с должностным окладом 3 500 рублей. В нарушение условий договора ему ежемесячно начислялась заработная плата в размере 1 695 руб., с чем он не согласился: просит взыскать ее и моральный вред в сумме 3 000 руб. Ответчик указал, что должностной оклад 3 500 руб. не подразумевает оплату указанной суммы ежемесячно. Определением Ленинского районного суда г. Кирова было установлено, что мировым судьей были обоснованно применены ст.ст. 57, 129, 136 ТК РФ, в связи с чем решение мирового судьи оставлено без изменения¹.

Правоотношения по обязательному социальному страхованию в случаях, предусмотренных федеральными законами.

Основаниями прекращения данного правоотношения является прекращение трудового правоотношения. Поскольку обязанность производить страховые платежи в Пенсионный фонд, Фонд социального страхования, фонды обязательного медицинского страхования лежит на работодателе лишь во время срока действия трудового договора.

¹ Определение (апелляционное) Ленинского районного суда Кировской области. // Защита трудовых прав граждан и прав в сфере социального обеспечения в судебной практике. / Сост. А.Л. Благодар, И.Л. Дубровина. - 2005. С. 135-139.

Коллективные отношения

Правоотношения по организации труда и управлению трудом

Основаниями прекращения правоотношений по изданию и применению локальных нормативных актов являются отмена данных актов полномочными субъектами, признание их недействующими или недействительными в судебном порядке либо государственной инспекцией труда, либо исполнение требований нормативного или правоприменительного акта. А.С. Пашков утверждал, что организационно-управленческие отношения, в отличие от трудовых, которые, как правило, носят длящийся характер, носят преходящий характер: они обычно возникают по поводу разработки и принятия какого-либо управленческого акта и заканчиваются приданием этому акту правовой силы либо отменой управленческого решения¹.

Во-первых, локальный нормативный акт может быть отменен самим работодателем.

Говоря о втором юридическом факте - признании нормативных актов недействующими - можно привести в качестве примера решение Верховного суда Российской Федерации от 31 июля 2003 года. В соответствии с этим решением был признан недействующим приказ Министерства образования Российской Федерации от 30 апреля 2003 г. №1955 «Об утверждении перечня минимума необходимых работ (услуг), обеспечиваемых в период проведения забастовок в организациях, филиалах и представительствах системы образования» в силу нарушения процедуры его принятия (не было учтено мнение профсоюзного органа)².

Следует отметить, что после увольнения работника локальные нормативные акты к нему не могут быть применены, поскольку рассматриваемые отношения могут только сопутствовать трудовому отношению конкретного работника. Поэтому попытки ряда работодателей вносить в локальные нормативные акты требования о неразглашении служебной тайны после прекращения трудового отношения неправомерны. Так же, как и требование не устраиваться на работу по соответствующему профилю в течение ряда лет.

¹ Трудовое право России: Учебник. / Т.В. Иванкина, С.П. Маврин, Е.В. Магницкая и др. Под ред. А.С. Пашкова. - СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 1993. С. 24.

² Решение Верховного Суда РФ от 31.07.2003 г.

Исключением из общего правила являются только применяемые к работнику меры поощрения, на которые он может ссылаться и после увольнения¹. Например, предъявлять грамоту.

Правоотношения по социальному партнерству, ведению коллективных переговоров, заключению коллективных договоров и соглашений

Данные правоотношения делятся на два вида: правоотношения по ведению коллективных переговоров и правоотношения по заключению коллективных договоров и соглашений. Рассмотрим отдельно каждый из них.

Основаниями прекращения правоотношений по ведению коллективных переговоров являются составление протокола разногласий; обжалование отказа представителей работодателя от заключения коллективного договора (соглашения) на предлагаемых представителями работников условиях; заключение коллективного договора или соглашения.

Основаниями прекращения правоотношений по заключению коллективных договоров и соглашений являются истечение срока данных правовых актов; досрочное исполнение содержащихся в них условий; досрочное прекращение коллективного договора или соглашения по взаимному волеизъявлению его сторон; признание недействительным коллективного договора или соглашения судом². Представляется, что досрочное исполнение всех, в том числе и нормативных положений, коллективных договоров и соглашений невозможно. Поэтому такого основания прекращения данного вида правоотношений, как досрочное исполнение содержащихся в них условий, не должно быть.

Нельзя не согласиться с мнением К.Н. Гусова, В.Н. Толкуновой, которые предлагают общий вариант прекращения двух вышеназванных видов правоотношений, если речь идет о социально-партнерских правоотношениях на более высоком уровне, чем организация. Поскольку они являются организационно-управленческими, то могут продолжаться только до прекращения полномочий³. Хотелось бы уточнить, что могут

¹ Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. - М.: ООО "Журнал "Управление персоналом", 2005. С. 191.

² Там же.

³ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 115.

быть прекращены полномочия как профсоюзного органа¹, так и объединения работодателей. Объединение работодателей - некоммерческая организация, на добровольной основе объединяющая работодателей для представительства их интересов и защиты своих членов в социальном партнерстве. Правовое положение объединений работодателей Конституцией РФ и Федеральным законом «Об объединениях работодателей»².

Правоотношения по участию работников и профессиональных союзов в установлении условий труда и применении трудового законодательства в предусмотренных законом случаях

Все права профсоюзов можно разбить на несколько групп в зависимости от оснований их классификации. В данном параграфе остановимся только на тех из них, которые, с нашей точки зрения, имеют отношение к исследуемым вопросам.

Во-первых, есть целая группа прав профсоюзных организаций, направленных на защиту социально-трудовых прав работников. В этих случаях основаниями прекращения правоотношений по участию профессиональных союзов в установлении условий труда и применении трудового законодательства в предусмотренных законом случаях будут являться изданные работодателем нормативные или правоприменительные акты с учетом мнения профсоюза или с согласия профсоюзной организации при реализации совещательных или паритетных прав. Исключительное же право прекратится с момента доведения мнения профсоюза до компетентного органа до принятия им соответствующего решения. Поскольку в последнем случае работодатель просто не имеет права принимать вышеназванные нормативные правовые акты. Решение, принимаемое работодателем совместно с профсоюзом, оформляется, как правило, в виде единого письменного документа, подписанного двумя лицами - руководителем организации и руководителем выборного профсоюзного органа. Решение, принимаемое по согласованию, может оформляться выборным профсоюзным органом в виде его отдельного постановления. Третьим вариантом оснований прекращения данных правоотношений является отказ работодателя от издания указанных актов с учетом мнения представителей работников.

¹ О них мы достаточно подробно поговорим ниже в этом же параграфе.

² ФЗ от 27 ноября 2002 г. «Об объединениях работодателей». / СЗ РФ. 2002. №48. Ст. 4741.

Во-вторых, можно говорить о внутриуставной деятельности профсоюзных организаций. С этой точки зрения рассмотрим следующую ситуацию.

В процессе деятельности любой организации и профсоюзной в том числе, неизбежны изменения, например, такие как реорганизация, включающая слияние, присоединение, разделение, выделение и преобразование; приостановление или запрет деятельности.

Реорганизация является одним из способов прекращения юридических лиц и профсоюзов в том числе. При слиянии прекращается самостоятельное существование сливающихся организаций и на их месте образуется новое юридическое лицо. При присоединении одно юридическое лицо вливается в другое, переставая существовать самостоятельно. При разделении на основе одного прекратившегося юридического лица возникают новые. При выделении происходит образование нового юридического лица, а прежняя организация продолжает существовать. При преобразовании происходит прекращение существования прежнего юридического лица и образуется новое. Такие понятия закреплены в ст.ст. 57-60 Гражданского кодекса РФ.

Н.М. Сенников, А.В. Стремоухов подчеркивают, что для целей социальной защиты прав работников реорганизуемых профсоюзных организаций членам профсоюза надо знать момент, когда вместо прежней профсоюзной организации, которая заключала коллективный договор или соглашение, в результате реорганизации возникнет новое юридическое лицо, и каким образом будет осуществляться правопреемство¹.

При слиянии, присоединении и преобразовании профсоюзной организации все права и обязанности переходят к правопреемникам на основании передаточного акта. При разделении и выделении профсоюзных организаций - в соответствии с разделительным балансом. И передаточный акт, и разделительный баланс утверждаются учредителями (участниками) юридического лица или органом, принявшим решение о реорганизации юридических лиц и предоставляются вместе с учредительными документами для государственной регистрации вновь возникших юридических лиц или внесения изменений в учредительные документы существующих юридических лиц.

¹ Сенников Н.М., Стремоухов А.В. Профсоюзное право: Курс лекций. - М.: Норма, 2005. (Краткие учебные курсы юридических наук). С. 113.

К.Д. Крылов утверждает, что реорганизация профессионального союза может осуществляться по решению съезда¹. Реорганизация территориальной организации профсоюза осуществляется по решению съезда (конференции, общего собрания) данной территориальной организации или решению центрального руководящего выборного коллегиального органа межрегиональной, региональной организации этого профсоюза. Реорганизация первичной профсоюзной организации осуществляется по решению общего собрания (конференции) данной первичной профсоюзной организации и решению руководящего выборного коллегиального органа территориальной организации и (или) центрального руководящего выборного коллегиального органа соответствующего профсоюза.

При реорганизации профсоюзных организаций должны быть приняты решения о профсоюзном членстве, профсоюзных билетах, о заявлениях, о перечислении профсоюзных взносов, о действии ранее заключенных коллективных договоров и соглашений.

Н.М. Сенников, А.В. Стремоухов обращают внимание на то, что деятельность профсоюзной организации может быть приостановлена в случае нарушения Конституции РФ, конституций (уставов) субъектов РФ, федеральных законов по решению суда на основании заявлений прокурора. В случае нарушения общероссийскими профсоюзными организациями ограничений на создание и деятельность общественных объединений, а также совершения действий, противоречащих уставным целям, Генеральный прокурор РФ вносит им представление об устранении выявленных нарушений в течение определенного им срока. Если профсоюзные организации не выполняют требований представления в установленный срок, их деятельность может быть приостановлена на период до шести месяцев. Это решение принимает Верховный Суд РФ на основании представления Генерального прокурора РФ.

Приостановление деятельности территориальных организаций профсоюзов осуществляется на основании представлений прокуроров субъектов РФ судами этих субъектов на основании Федерального закона РФ «О прокуратуре Российской Федерации».

Приостановление деятельности профсоюзных организаций в случае введения чрезвычайного или военного положения на

¹ Крылов К.Д. Законодательство России о профессиональных союзах. - М., 1996. С. 75-78.

территории страны регулируется федеральными конституционными законами¹.

В случае приостановления деятельности профсоюзной организации на срок, установленный решением суда, приостанавливаются ее права как общественной организации по учреждению средств массовой информации, по организации собраний, митингов, демонстраций и других публичных мероприятий, по участию в выборах, использованию банковских вкладов, за исключением расчетов по хозяйственной деятельности и трудовым договорам, возмещению убытков, причиненных ее действиями, уплате штрафов².

Если в течение установленного судом срока приостановления деятельности профсоюзная организация устраняет нарушения, то после окончания этого срока профсоюз возобновляет свою деятельность в полном объеме. Если не устраняет, то орган, обратившийся в суд с заявлением о приостановлении, имеет право внести в суд заявление о ликвидации профсоюзной организации.

Ликвидация может быть осуществлена как в добровольном, так и в принудительном порядке.

Добровольная ликвидация осуществляется по решению съезда (конференции, общего собрания) на основании устава профсоюзной организации, положения о первичной профсоюзной организации. Профсоюзный орган, принявший решение о ликвидации, должен немедленно письменно сообщить о своем решении органу, осуществляющему государственную регистрацию юридических лиц. По согласованию с последним профсоюзный орган имеет право создать ликвидационную комиссию и установить порядок и сроки ликвидации. Ликвидации профсоюзной организации считается завершенной с момента внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц.

Принудительная ликвидация возможна только на основании решения суда, которое, в свою очередь, профсоюзная организация может обжаловать в установленном порядке. Отмена решения о ликвидации дает основание для профсоюзной организации возмещения всех убытков, понесенных ей в связи с незаконной ликвидацией.

Кроме того, нельзя не согласиться с мнением К.Н. Гусова, В.Н. Толкуновой, которые обосновывают данный вари-

¹ ФКЗ "О военном положении", ФКЗ "О чрезвычайном положении".

² Ст. 43 ФЗ "Об общественных объединениях в РФ".

ант прекращения данного вида правоотношений. Поскольку они являются организационно-управленческими, то могут продолжаться только до прекращения полномочий профсоюзного органа¹.

Правоотношения по надзору и контролю за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права.

Как уже отмечалось, правоотношения по надзору и контролю бывают двух видов. Первая группа - по надзору и контролю за соблюдением трудового законодательства полномочными государственными органами. Вторая - по профсоюзному контролю за соблюдением трудового законодательства.

Основаниями прекращения второй группы правоотношений являются отказ профсоюза от внесенного работодателю представления; заключение соглашения с полномочным представителем работодателя об удовлетворении представления профсоюза, а также сообщение полномочным представителем работодателя решения по поводу предъявленного профсоюзом представления².

Кроме того, общим для двух групп основанием для прекращения данного вида правоотношения будет являться ликвидация организации³.

Вспомогательно-обеспечительные отношения

*Правоотношения по трудоустройству у данного работодателя (по содействию в обеспечении занятости и трудоустройстве)*⁴

Основания прекращения могут быть поделены на четыре группы в зависимости от отношения авторов к самому понятию содействия занятости и трудоустройства. Первый вариант - с момента трудоустройства гражданина, то есть поступление работника на работу. К.Н. Гусов, В.Н. Толкунова уточ-

¹ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 115.

² Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. - М.: ООО "Журнал "Управление персоналом", 2005. С. 205.

³ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 118.

⁴ Подробно вопросы обеспечения занятости и трудоустройства были рассмотрены в работах последних лет. Таких как: Джиоев С.Х. Правовые проблемы содействия трудовой занятости: монография. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006; Пузыревский С.А. Правовое регулирование государственной политики в области занятости населения в Российской Федерации. Диссертация канд. юрид. наук. - М., 2001.

няют: с момента заключения с ним работодателем трудового договора¹. При этом работодатель обязан вернуть направление в орган занятости с указанием в нем дня приема на работу. Второй вариант - отказ работника от трудоустройства у данного работодателя. Третий вариант - если работодатель отказывает в трудоустройстве работнику на работу, которую работник выбрал самостоятельно². И, наконец, последний вариант - если работодатель отказывает в трудоустройстве на работу, выбранную при посредничестве органов службы занятости. Тогда работодатель отмечает в направлении день явки гражданина и причину отказа, затем возвращает ему указанное направление, и с этого момента правоотношение по трудоустройству у данного работодателя прекращается³.

Правоотношения по надзору и контролю за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права

Как уже отмечалось, правоотношения по надзору и контролю бывают двух видов. Первая группа - по надзору и контролю за соблюдением трудового законодательства полномочными государственными органами. Вторая - по профсоюзному контролю за соблюдением трудового законодательства.

Основаниями прекращения первой группы правоотношений являются отказ работников, работодателей, профсоюза от заявленных в государственные органы требований; вступление в законную силу решения государственного органа по результатам рассмотрения обращений работников, работодателей, профсоюза.

Кроме того, общим для двух групп основанием для прекращения данного вида правоотношения будет являться ликвидация организации⁴.

Правоотношения по рассмотрению трудовых споров

Данный вид правоотношений делится на две группы:

- правоотношения по рассмотрению индивидуальных трудовых споров;

¹ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 113.

² Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. - М.: ООО "Журнал "Управление персоналом", 2005. С. 188.

³ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 113. Трудовое право России: Учебник. / Под ред. А.М. Куренного. - М.: Юрист, 2004. С. 122.

⁴ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2006. С. 118.

- правоотношения по рассмотрению коллективных трудовых споров.

Основаниями прекращения правоотношения по рассмотрению коллективных трудовых споров служат отказ работников от заявленных требований; вынесение решения примирительной комиссией по заявленным в ходе коллективного трудового спора требованиям;¹ соглашение, достигнутое сторонами коллективного трудового спора в ходе его разрешения, либо решения суда о признании забастовки незаконной².

ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ОРЕНБУРГСКОЙ ОБЛАСТИ

*Ефимцева Т.В. -
к.ю.н., доцент, зав. кафедрой трудового
и предпринимательского права*

Стабилизационные тенденции развития мировой экономики свидетельствуют о возрастающем влиянии инновационной деятельности на темпы экономического роста. Влияние научно-технического потенциала на социально-экономическое развитие региона оценивается удельным весом инновационной продукции в общем объеме продукции.

Оренбургская область сохраняет высокий научно-технический потенциал, высококвалифицированные научные и инженерные кадры, имеет огромные природные ресурсы, большие возможности внутреннего рынка. На начало 2005 года на территории Оренбургской области зарегистрировано свыше 30 научно-исследовательских и проектно-конструкторских организаций, 35 высших учебных заведений. В данных организациях трудятся около 300 докторов наук и более 2500 кандидатов наук.

Значительная роль в разработке и внедрении передовых технологий в регионе принадлежит научным организациям Оренбургской области. Ежегодно проводимые выставки научно-технических разработок научно-исследовательских и про-

¹ Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. - М.: ООО "Журнал "Управление персоналом", 2005. С. 207, 209.

² Трудовое право России: Учебник. / Под ред. А.М. Куренного. - М.: Юристъ, 2004. С. 122.

ектных организаций региона показали, что в организациях имеется научный и научно-технический задел для положительного решения большого объема задач.

В связи с этим развитие инновационной сферы деятельности приобретает особую важность, так как именно в этой сфере происходит превращение научно-технического продукта, базирующегося на результатах фундаментальных и прикладных исследований, в рыночный товар с высокими потребительскими свойствами.

Основными принципами, на базе которых формируется политика органов государственной власти Оренбургской области в части развития научно-технической и инновационной деятельности, являются получение новых знаний в области прикладной науки, решение актуальных научно-технических проблем, создание конкурентоспособной техники, новых технологий и материалов, развитие экспортного научно-технического потенциала, формирование рынка научно-технической продукции, эффективное управление результатами интеллектуальной деятельности и вовлечение их в хозяйственный оборот.

Разработка и внедрение высоких технологий должно осуществляться в первую очередь по приоритетным направлениям развития науки, технологий и техники и в соответствии с перечнем критических технологий в Оренбургской области, утвержденным Постановлением Правительства Оренбургской области¹ от 7 декабря 2006 года. Так, приоритетными направлениями развития науки, технологий и техники являются безопасность и противодействие терроризму, живые системы, индустрия наносистем и материалов, информационно-телекоммуникационные системы, перспективные вооружения, военная и специальная техника, рациональное природопользование, транспортные, авиационные и космические системы, энергетика и энергосбережение. В перечень же критических технологий включены базовые и критические военные, специальные и промышленные технологии, биомедицинские и ветеринарные технологии жизнеобеспечения и защиты человека и животных, клеточные технологии, нанотехнологии и наноматериалы, технологии биоинженерии, механотроники и создания микросистемной техники, технологии мониторинга и прогнозирования состояния атмосферы и гидросферы и другие технологии.

¹ Газета "Оренбуржье". 2006. 22 декабря.

В экономике Оренбургской области за последнее десятилетие произошли коренные изменения, основанные на рыночных механизмах. В соответствии с данными статистического бюллетеня, подготовленного Оренбургским областным комитетом государственной статистики, основными видами инновационной деятельности в Оренбургской области были исследования и разработки новых продуктов, услуг, приобретение машин и оборудования. Они осуществлялись на 41,82% инновационно активных предприятиях. Маркетинговыми исследованиями, то есть выпуском на рынок технологически новых и усовершенствованных продуктов занималось четыре предприятия. В 1995-2001 годах наибольшее число организаций, выполнявших разработки, приходилось на научно-исследовательские (64,7% от общего числа), а также разработки выполняли три высших учебных заведения, одно конструкторское бюро и одно промышленное предприятие. Тем не менее, общее число организаций, выполняющих научные исследования и разработки, осталось неизменным. Из исследуемых предприятий наиболее уверенно функционирует предприятие в информационной сфере ООО «Паритет-Инфо «Служба-855», которое занимается маркетинговыми исследованиями, проводит обучение и подготовку кадров, приобретает новые технологии. Другое предприятие - ООО НПФ «Экобиос» - осуществляет следующие виды деятельности: подготовка питьевой воды по действующим стандартам качества; очистка сточных вод, очистка почв и водоемов от углеводородных загрязнений; экологический мониторинг, нормирование и консалтинг; производство и реализация биологически активных препаратов, бифидо- и лактобактерий. Выручка от продаж товаров, работ, услуг и себестоимость реализованной продукции за период с 2000 по 2002 годы возросли на 72,3% и 65,9% соответственно, что связано с увеличением объемов выпущенной продукции. Прибыль от реализации в 2001 году составила 937,5 тысяч рублей, а в 2002 году - 2431 тысячу рублей, следовательно, темпы роста составили 61,4%.

Но, несмотря на наметившиеся определенные положительные сдвиги, более интенсивный рост промышленного производства сдерживается отсутствием интегрированного механизма поддержки инновационной деятельности (инновационные центры, технико-внедренческие зоны, консалтинговые фирмы, информационно-правовые центры и т.д.), который позволил бы ускорить продвижение инноваций на

рынок. На многих промышленных предприятиях Оренбургской области не обновляются технологии и производственное оборудование. Лишь 7,5 процента организаций производят наукоемкую продукцию, которая в общем объеме промышленного производства составляет 2,6 процента. При этом спрос на инновационную продукцию в области продолжает оставаться низким. И подтверждением тому являются данные обследования технологических инноваций. Так, в 2002 году в регионе было произведено инновационной продукции на сумму 798,1 млн. рублей, что составляет лишь 0,89 процентов от общего объема промышленной продукции. Затраты на технологические инновации в промышленности региона составили 179,9 млн. рублей, причем 70,3 процентов от их общего объема сосредоточены в машиностроении и металлообработке. Такое положение дел никак не способствует расширению спектра новых видов местной продукции и успешному продвижению их на рынок. Как свидетельствует зарубежный опыт, более высокое качество инноваций достигается при затратах на них свыше 8 процентов от общего объема реализуемой продукции.

К числу неблагоприятных факторов, влияющих на продвижение инновационных проектов, следует отнести снижение потенциала рынка труда, вызванное оттоком высококвалифицированных кадров из промышленности в другие сферы хозяйственной деятельности и, как следствие, трудности при формировании новых высокотехнологичных производств. Работая в организациях специалисты не имеют достаточной подготовки и опыта в области инновационного менеджмента и бизнес-планирования. Отсутствие качественно выполненных бизнес-планов в значительной мере препятствует привлечению в инновационные проекты, как прямых инвестиций, так и банковских кредитов.

На современном этапе структурной перестройки и технологической модернизации отраслей экономики проблемы развития инновационной деятельности, в том числе создание условий для продвижения научно-технических разработок на рынок, являются исключительно важными и актуальными для Оренбургской области и требуют формирования целостной системы мер государственного стимулирования инновационной деятельности в области на основе программно-целевого подхода.

В этой связи Законом Оренбургской области от 25 ноября 2005 года была утверждена Областная целевая программа

«Развитие научно-технической и инновационной деятельности в Оренбургской области на 2006-2010 годы»¹, целью которой является ориентация научной деятельности на ускорение социально-экономического развития региона, создание региональной инновационной системы, направленной на обеспечение экономических, правовых и организационных условий для поэтапного перехода отраслей экономики области на инновационный путь развития на основе эффективного использования научно-технического потенциала, ускоренного внедрения и коммерциализации наукоемких технологий.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

- определить и реализовать приоритеты в сфере проблемно-ориентированных поисковых и прикладных исследований в интересах получения новых знаний, составляющих основу технологических инноваций и обеспечивающих конкурентоспособность экономики;

- разработать нормативное, правовое и методическое обеспечение развития инновационной деятельности в области;

- создать условия для развития государственной поддержки инновационной деятельности в области;

- оказывать содействие в реализации в организациях области наукоемких инвестиционных проектов, в разработке и распространении инновационных технологий;

- оказывать содействие в создании и развитии инфраструктуры поддержки инновационной деятельности в отраслях экономики области;

- сформировать и развить систему обучения и переподготовки кадров в сфере инноваций;

- организовать информационное обеспечение субъектов инновационной деятельности;

- способствовать развитию межрегионального и международного сотрудничества в инновационной сфере;

- содействовать привлечению частного и банковского капитала к внедрению инноваций в отраслях экономики области.

Программа призвана создать благоприятные экономические, организационные, правовые и иные условия для эффективного использования научно-технического потенциала и развития инновационной деятельности в отраслях экономики Оренбургской области в целях повышения конкурентоспособ-

¹ Бюллетень Законодательного собрания Оренбургской области. 2005. 9 ноября. Часть I. Далее - Программа.

ности выпускаемой продукции, а также совершенствования механизмов предоставления финансовой, организационно-правовой, информационно-консультационной, маркетинговой и других видов поддержки инновационно-активных промышленных предприятий, других организаций инновационной сферы на начальном этапе и формирования в конечном итоге самодостаточных, динамично развивающихся инновационных кластеров в отраслях экономики области.

Программа сформирована на основе принципа добровольности участия организаций в мероприятиях по ее реализации. Программа ориентирована на организации с устойчивым финансово-экономическим положением, имеющие детально проработанные перспективные планы собственной деятельности в виде комплексных программ развития на долгосрочный период или отдельных научных, инновационных и инвестиционных проектов. Для определения таких организаций 26 июня 2006 года Правительство Оренбургской области утвердило Положение об областном конкурсе инновационных проектов¹. Целями конкурса являются:

а) коммерциализация результатов научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, оказание содействия в бюджетном финансировании и привлечении внебюджетных средств для стимулирования инновационной и инвестиционной активности в экономике Оренбургской области;

б) выявление проектов, представляющих потенциальный интерес для инвестиционных институтов (венчурных фондов, банков, инвестиционных компаний);

в) внедрение высокотехнологичных и наукоемких разработок через создание конкурентоспособной продукции, освоение ее производства и выведение на товарный рынок;

г) содействие формированию необходимых правовых, организационных и экономических механизмов взаимодействия науки, производства и рынка;

д) содействие в реализации научно-технических и инновационных проектов, направленных на повышение экономического роста и техническое перевооружение предприятий.

Конкурс проводится по трем номинациям.

«Инновационная коммерческая идея» - проекты, которые находятся на ранних стадиях разработки, имеют научно-техническое описание инновационного продукта, технологии,

¹ Газета «Оренбуржье». 2006. 27, 28 июля.

запатентованные технические решения. Опытный образец отсутствует.

«Перспективный проект» - проекты, имеющие опытный образец и требующие проведения значительной доли научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ.

«Инновационный проект» - проекты с высокой степенью готовности НИОКР, наличием опытного образца продукции и проработанной стратегии коммерциализации разработки.

Участниками конкурса могут быть физические лица (граждане Российской Федерации, лица без гражданства, иностранные граждане), российские и иностранные юридические лица, осуществляющие научно-техническую и инновационную деятельность и зарегистрированные в соответствии с законодательством Российской Федерации, в том числе:

- хозяйствующие субъекты, осуществляющие создание и использование научно-технической и инновационной продукции для решения инженерных, технологических, экономических, социальных, гуманитарных и иных проблем;

- технологические, промышленные и агропромышленные парки, технологические инкубаторы, технологические полисы, информационные и инновационные центры, центры трансфера технологий, центры коллективного пользования научно-исследовательским оборудованием, иные специализированные субъекты инновационной деятельности, содействующие созданию и распространению научно-технической и инновационной продукции;

- собственники (правообладатели) и создатели (авторы) объектов интеллектуальной собственности, разрабатываемых, реализуемых и используемых в процессе научно-технической и инновационной деятельности.

Участники конкурса должны соответствовать следующим обязательным требованиям:

а) непроведение ликвидации участника конкурса - юридического лица или непроведение в отношении участника конкурса - юридического лица, индивидуального предпринимателя процедуры банкротства;

б) неприостановление деятельности участника конкурса в порядке, предусмотренном Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, на день рассмотрения заявки на участие в конкурсе;

в) отсутствие у участника конкурса задолженности по начисленным налогам, сборам и иным обязательным платежам в бюджеты любого уровня или государственные внебюджетные фонды за прошедший календарный год;

г) отсутствие в реестре недобросовестных поставщиков сведений об участниках конкурса;

д) наличие новых научно-технических результатов, ноу-хау и других новаций, реализация которых позволяет получить наукоемкий продукт (технологию, техническую документацию, опытный образец изделия, научно-технический результат, программные продукты), имеющие характеристики востребованного на рынке товара;

е) наличие достаточных трудовых, материальных и частичных финансовых ресурсов, необходимых для реализации проекта.

В рамках данного конкурса к рассмотрению принимаются проекты со сроком завершения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ не более одного года. Все расходы, связанные с подготовкой конкурсных заявок, участники конкурса несут за собственный счет. Конкурсная документация представляется участниками конкурса на русском языке в трех экземплярах на бумажном носителе и один экземпляр на электронном носителе. В ходе конкурсного отбора проводится комплексная научно-техническая и экономическая экспертиза материалов, оформленных в соответствии с условиями конкурса. Экспертиза проекта проводится привлеченными независимыми экспертами. Результатом экспертизы проекта является экспертное заключение. Состав экспертов утверждается приказом Министра промышленной политики и инноваций Оренбургской области. К проведению экспертизы привлекаются как специализированные экспертные организации, так и индивидуальные эксперты. В качестве индивидуальных экспертов выступают ведущие ученые и специалисты в соответствующих областях науки, техники, технологий и отраслях народного хозяйства Российской Федерации. Свои экспертные заключения эксперты сопровождают комментариями, в которых отмечают сильные стороны заявки и ее недостатки. По итогам экспертизы всех заявок, участвующих в конкурсе по данному лоту, эксперты представляют заключение в целом по лоту и предлагают рейтинговую расстановку заявок. Основываясь на заключениях экспертов, конкурсная комиссия Оренбургской области рассматривает обобщенное экспертное

заключение, учитывающее мнение всех участвующих в оценке заявок данного лота экспертов. Количество и размер грантов, порядок их предоставления определяются постановлением Правительства Оренбургской области после завершения работы конкурсной комиссии.

Реализация областной целевой программы «Развитие научно-технической и инновационной деятельности в Оренбургской области на 2008-2010 годы» осуществляется в два этапа. Первый этап - 2006-2007 годы. На этом этапе предстояло сформировать нормативно-правовую базу для развития инфраструктуры поддержки инновационной деятельности, создать условия для реализации научных и технологических приоритетов и внедрения инноваций в организациях различных отраслей экономики области. Второй этап - 2008-2010 годы. На этом этапе планируется создание условий для ускоренного роста инновационного сектора в отраслях экономики области и оказание содействия в дальнейшем развитии областной инновационной системы.

В соответствии с поставленными целями и задачами ежегодно, а также по окончании каждого из этапов реализации Программы подводятся качественные и количественные результаты ее выполнения.

Административное руководство, контроль за ходом реализации Программы и координацию работы исполнителей программных мероприятий осуществляет Министерство промышленной политики и инноваций Оренбургской области, которое организует на конкурсной основе отбор исполнителей работ (услуг) по выполнению мероприятий Программы, готовит к заключению договоры и контракты в установленном законодательством порядке, осуществляет подготовку проектов постановлений и распоряжений Правительства Оренбургской области, других нормативных правовых документов, направленных на обеспечение реализации Программы, осуществляет межведомственную координацию работ по выполнению программных мероприятий в Оренбургской области, проводит мониторинг реализации Программы и контролирует целевое использование средств областного бюджета с составлением итоговых отчетов, которые представляются в Министерство финансов Оренбургской области, федеральным органам исполнительной власти, принимавшим участие в долевом финансировании программных мероприятий, проводит согласование объемов финансирования Программы, готовит предло-

жения по корректировке Программы, в том числе по содержанию мероприятий, исполнителям, объемам и источникам финансирования.

Реализацией Программы занимается Министерство промышленной политики и инноваций Оренбургской области. Общее руководство и организация работ по реализации Программы осуществляются министром этого Министерства. Координация исполнения Программы будет осуществляться за счет следующих организационных мероприятий:

- системного мониторинга этапов реализации Программы и ее отдельных мероприятий;

- формирования ежегодных планов действий Правительства Оренбургской области в сфере научной и инновационной деятельности;

- разработки и реализации научного, методического, информационно-технического и организационного обеспечения реализации Программы;

- инициирования разработки и реализации отдельных работ по выполнению мероприятий Программы на уровне муниципальных образований области;

- ежегодного уточнения, корректировки с учетом выделяемых на реализацию Программы финансовых средств, целевых показателей и затрат по программным мероприятиям, механизма реализации Программы и состава исполнителей;

- организации экспертизы и конкурсного отбора инновационных проектов Программы на основе проведенных маркетинговых исследований спроса и предложений рынка инновационных ресурсов;

- представления интересов инновационно-активных организаций на федеральном и межрегиональном уровнях и в зарубежных организациях.

Контроль за целевым использованием бюджетных средств осуществляется Министерством финансов Оренбургской области и другими уполномоченными органами. В соответствии с условиями заключенных соглашений организации-исполнители программных мероприятий осуществляют оперативный контроль за их выполнением с предоставлением в Министерство промышленной политики и инноваций Оренбургской области ежеквартальных информационно-аналитических и финансовых отчетов о ходе их выполнения с отражением достигнутого уровня показателей социально-экономической эффективности.

Областная целевая программа «Развитие научно-технической и инновационной деятельности в Оренбургской области на 2008-2010 годы» ориентирована как на потребности Оренбургской области, так и на потребности внешнего рынка других областей Приволжского федерального округа Российской Федерации.

Система программных мероприятий определяет скоординированный порядок работ по стимулированию организаций к использованию научно-технического потенциала, внедрению наукоемких технологий, содействию в создании малых инновационных предприятий, привлечению внешних инвестиций в инновационную сферу, развитию инфраструктуры инновационной деятельности, рекламно-информационной поддержки и кадровому обеспечению участников Программы.

Предусмотренные в Программе мероприятия стимулируют организации к активизации работ по внедрению передовых технологий и освоению производства новых видов продукции, что в итоге определит дальнейшие перспективные направления их развития, укрепит финансово-экономическое положение и расширит налогооблагаемую базу. Структура Программы позволяет вести непрерывную работу по внесению в производство инновационных проектов и внедрять новые прогрессивные технологии, обеспечивающие быструю окупаемость финансовых ресурсов, потраченных на их внедрение.

Достижение основной цели Программы предполагает объединение усилий федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти и местного самоуправления Оренбургской области, организаций научно-технической и инновационной сферы и других отраслей экономики области.

Создание законодательного механизма реализации Программы, разработка и совершенствование нормативно-правовой базы инновационной деятельности позволит рационально использовать бюджетные и налоговые поступления при оказании государственной (областной) поддержки научно-технической и инновационной деятельности.

Организационный механизм реализации Программы предусматривает:

1. Объединение организаций в ассоциативные организации - региональные, межрегиональные, отраслевые, а также их участие в создании федеральных и областных научно-производственных центров, налаживании субконтракционных и кооперационных связей между ними.

2. Развитие инновационной инфраструктуры путем создания новых инновационных бизнесинкубаторов, инновационно-технологических, инновационно-производственных центров и др. Для ускоренного продвижения инноваций на рынок предполагается образование и использование технопарков в качестве лабораторно-производственной базы коллективного пользования.

3. Формирование финансово-кредитной, страховой инфраструктуры поддержки инновационной деятельности в отраслях экономики.

Экономический механизм реализации Программы включает в себя:

1. Софинансирование разработки и внедрения научно-технических и инновационных проектов в рамках реализации федеральных целевых программ. Механизм привлечения и использования финансовых средств федерального бюджета определяется соответствующими соглашениями, нормативными правовыми актами федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти Оренбургской области.

2. Привлечение внебюджетных средств для реализации перспективных инновационных проектов, в том числе через межрегиональные и международные венчурные ярмарки, фонды. Механизм и объемы привлечения финансовых средств из внебюджетных источников, федеральных и местных бюджетов будут уточняться по мере реализации Программы.

Организациями-исполнителями могут являться организации существующей областной инновационной инфраструктуры, высшие учебные заведения, промышленные организации, отраслевые научно-исследовательские институты и конструкторские бюро, научные организации и коллективы, организации инфраструктуры поддержки инновационной деятельности, создаваемые в ходе реализации Программы, и другие организации, привлекаемые для участия в Программе по согласованию или на договорной основе. Эффективная реализация Программы предусматривает объединение производственно-технологических и финансовых ресурсов. Источниками производственно-технологических ресурсов для решения задач опытного и промышленного освоения инноваций будут являться областные научные организации, вузы, научно-производственные комплексы, малые инновационные предприятия и технопарки, высокотехнологичные компании, крупные и средние промышленные организации.

Одним из главных условий реализации Программы является ее стабильное финансовое обеспечение. Оно основывается на множественности источников финансирования. Финансирование осуществляется за счет привлечения средств бюджетов всех уровней и иных источников. Научно-технические и инновационные проекты, включенные в федеральные целевые, адресные и ведомственные программы на условиях софинансирования, будут финансироваться за счет средств областного бюджета в первоочередном порядке.

На первом этапе Программа была рассчитана на то, чтобы, используя эффективные для областного бюджета механизмы, облегчить организациям процесс внедрения перспективных технологий с целью привлечения инвестиций, в частности банковских кредитов. На втором этапе в ходе совместной работы с реальными частными инвесторами, в том числе венчурными фондами и финансовыми организациями, предполагается создать систему финансирования инновационной деятельности, максимально использующую различные рыночные инструменты привлечения финансовых ресурсов.

Основными источниками финансирования Программы являются:

- средства федерального бюджета, выделяемые на финансирование программ министерств и ведомств в части участия в них региональных целевых программ и проектов;

- средства федерального бюджета, выделяемые для финансирования в рамках федеральных целевых программ и федеральных инновационных проектов;

- средства областного бюджета, в том числе бюджетные субсидии и субвенции на осуществление определенных целевых программных мероприятий; инвестиционный налоговый кредит;

- собственные средства участников Программы, полученные от проведения программных мероприятий, реализации инновационных проектов;

- средства внебюджетных источников (целевые отчисления от прибыли участников Программы; кредиты коммерческих банков, привлекаемые для реализации Программы под гарантии Правительства Оренбургской области; финансовые ресурсы специализированных международных фондов и гранты).

Важнейшим источником финансирования Программы из федерального бюджета будет привлечение ассигнований на

реализацию на территории области следующих федеральных целевых программ: «Исследования и разработки по приоритетным направлениям развития науки и техники на 2002-2006 годы», «Национальная технологическая база на 2002-2006 годы», «Электронная Россия (2002-2010)» и др. Бюджетные средства будут использоваться для преодоления так называемого инновационного разрыва, когда необходимо перейти от лабораторного макета к промышленным образцам с отработанной технологией и технической документацией. После завершения стадии создания промышленных образцов производство должно обеспечиваться внебюджетными средствами.

В качестве финансового обеспечения Программы планируются затраты из областного бюджета общим объемом 67,92 миллиона рублей. В качестве дополнительных источников финансирования будут привлечены средства федерального и муниципального бюджетов, российских и международных кредитно-финансовых организаций и фондов, средства организаций и индивидуальных предпринимателей.

Основными индикаторами изменения социально-экономического положения региона в результате реализации программных мероприятий являются следующие показатели:

- доля инновационной продукции в валовом региональном продукте (ВРП);
- число созданных и сохраненных рабочих мест в целом и в отраслевом разрезе;
- инновационная составляющая рейтинга инвестиционной привлекательности региона;
- доля работающих в сфере высокотехнологичного производства относительно всех занятых в сфере производства;
- доля объема новой и усовершенствованной продукции в отраслевом разрезе;
- отношение инновационных затрат в производственном секторе к объему общего оборота;
- количество патентов, используемых в высокотехнологичных отраслях, приходящееся на сто тысяч населения Оренбургской области;
- количество малых инновационных предприятий и их доли в ВРП;
- оценка влияния реализуемых в рамках Программы проектов и мероприятий на экологическую обстановку.

Реализация Программы позволит достичь следующих результатов:

- исполнение перспективных и приоритетных для экономики области инновационных проектов с помощью финансовой и налоговой поддержки областного бюджета, которые не могут быть быстро и успешно реализованы в рамках действия только рыночных механизмов;

- организация системы обучения, повышения квалификации и информирования руководителей организаций по вопросам управления инновационным развитием производства, коммерциализации технологий, защиты интеллектуальных прав на новые технологии;

- внедрение новых технологий в организациях области;

- формирование инфраструктуры поддержки инновационной деятельности в Оренбургской области.

Экономический эффект от реализации Программы выразится в следующем:

- в повышении удельного веса инновационной продукции в объеме реализованной промышленной продукции до 5-8 процентов;

- в увеличении количества организаций, внедряющих научно-технические и инновационные разработки в производство до 12-15 процентов;

- в росте инвестиций в организациях области за счет развития инновационной деятельности до 10 процентов;

- в выходе не менее 5-7 процентов организаций промышленного комплекса области на международные рынки инновационных проектов и высокотехнологичной продукции;

- в дополнительных ежегодных поступлениях в бюджеты всех уровней, которые к концу реализации Программы составят свыше ста миллионов рублей в год.

Достигнутые количественные показатели развития инновационной деятельности в промышленности в значительной степени трансформируются в качественные социальные результаты:

- создание новых рабочих мест;

- рост заработной платы в инновационном секторе промышленности будет опережать средние годовые темпы роста по всему промышленному комплексу на 20-25 процентов;

- обеспечение условий для комплексного решения экологических проблем путем разработки и внедрения в производство энергоэффективных и экологически чистых технологий.

Таким образом, инновационная деятельность представляет собой важнейший фактор конкурентоспособности экономики региона, увеличения уровня жизни населения, обеспечения оборонной, технологической и экономической безопасности. Именно поэтому в настоящее время большое внимание уделяется государственному регулированию инновационной деятельности на региональном уровне, которое включает в себя нормативно-правовые, организационные и финансовые меры.

СТАНОВЛЕНИЕ ТРУДОВОГО ПРАВА В РОССИИ И КАТЕГОРИЯ ТРУДОВОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ

*Зайцева О.Б. -
к.ю.н., доцент кафедры трудового
и предпринимательского права*

Трудовая правосубъектность выступает в трудовом праве важнейшей юридической конструкцией, за которой стоят конкретные носители трудовых прав и обязанностей - работник и работодатель, обладающие определенными интересами, целями и задачами, которые напрямую связаны с историческими условиями, и при этом данная юридическая конструкция, в первую очередь, базируется на трудовом правоотношении, находящимся в центре трудового права.

Первым российским ученым-трудовиком и отцом-основателем науки трудового права является Лев Семенович Таль, перу которого «принадлежат первые диссертационные и монографические исследования, посвященные проблемам правового регулирования трудовых отношений, а также один из первых учебников по промышленному (трудоу) праву. Он первым разработал основные проблемы общей части трудового права, заложил основы его догматики. Практически все отечественные исследователи первой четверти XX века опирались на его научное наследие либо через его признание и интерпретацию, либо через отрицание и оппонирование»¹. Работа Л.С. Таля, посвященная трудовому договору, по широте охвата темы и тонкости юридического анализа стоит на

¹ Лушников А.М. Наука трудового права России. Историко-правовые очерки в лицах и событиях. - М., 2003. С. 84.

уровне самых выдающихся произведений буржуазной науки XX века, которое констатировало появление трудовых правоотношений и рождение новой отрасли - трудового права¹.

Среди проблем, изучаемых Л.С. Талем, была проблема работодательской правосубъектности, власти над человеком в гражданском праве и природы хозяйской власти как института частного права². По мнению Л.С. Талья, хозяйская власть возникала на основании трудового договора и прекращалась вместе с его расторжением. Она формировала частный правопорядок предприятия, прежде всего, через правила внутреннего распорядка, которым работники должны были подчиняться. При этом хозяйская власть не могла посягать на неотчуждаемые права и свободы работников.

Л.С. Таль выделил три направления хозяйской власти:

1) дает занятым на предприятии лицам указания и поручения, конкретизирующие их трудовые обязанности - это право дирекции или диспозитивная власть;

2) принимает принудительные или карательные меры для поддержания должного порядка - это дисциплинарная власть;

3) единолично или путем соглашения устанавливает порядок предприятия, насколько оно, как дисциплинарное децентрализованное социальное образование, обладает способностью к самоопределению - это нормативная власть³.

По мнению Е.Б. Хохлова, в дореволюционном законодательстве выделялись два вида договоров: договоры с субъектами, обладающими общей правосубъектностью, и договоры с работниками, обладающими специальной правосубъектностью (несовершеннолетние и женщины). Помимо индивидуальной правосубъектности, Е.Б. Хохлов выделяет и коллективную (возможность заключения трудового договора с коллективом работников - артелью)⁴.

Тем не менее, детальной разработки сущности трудовой правосубъектности в начале XX века быть не могло, т.к. трудовое право только начало свое формирование, причем на основе норм гражданского права. Соответственно, в отношениях, связанных с наймом труда, превалировала гражданская

¹ Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. - М., 1977. С. 11, 172-173.

² Таль Л.С. Проблема власти над человеком в гражданском праве. // Юридический вестник. 1913. С. 103-140.

³ Таль Л.С. Очерки промышленного права. - М., 1916. С. 2-23.

⁴ Хохлов Е.Б. Очерки истории правового регулирования труда в России. - СПб., 2000. Ч. 1. С. 121.

правосубъектность, т.к. условия гражданской правоспособности и дееспособности физического лица были достаточно разработаны в русской цивилистике в трудах таких ученых, как К.П. Победоносцев, Д.И. Мейер, И.В. Гессен и др. Русские цивилисты первыми увидели разницу между личным наймом и наймом вещей. К.П. Победоносцев отмечал: «Нельзя закупить личный труд человека, можно только нанять его»¹. При этом цивилисты настаивали на том, чтобы государство в обязательном порядке вмешивалось в отношения по найму труда во имя соблюдения прав человека и его свобод².

Отечественный цивилист В.Б. Эльяшевич, который первым в российской науке ввел в научный оборот термин «трудовой договор», считал, что «личность нанявшегося надо защищать и одними диспозитивными нормами не обойтись. Надо прибегать к принудительным нормам»³. Можно однозначно констатировать, что гражданская правосубъектность по своей сути стала неприменима к трудовым отношениям, т.к. она основывалась на полной диспозитивности в правовом регулировании общественных отношений. Трудовая правосубъектность должна быть, прежде всего, разработана законодательно, т.к. в отношении между работниками и работодателями предусматривается вмешательство государства в целях защиты более слабой стороны в трудовых отношениях - работника. Кроме того, трудовая правосубъектность как юридическая конструкция связана с личностным элементом трудового договора, исследование которого в начале XX века только начиналось, и в окончательном варианте его концепция оформилась позднее.

Несмотря на то, что в России к началу 1917 г. действовало более 10 законов о труде и множество подзаконных актов, охватывавших все основные институты трудового (по российской терминологии - фабрично-заводского или фабрично-трудового) законодательства, а также весьма обширный (около 600 статей) нормативный акт - УПК (Устав о промышленном труде), действие которого продолжалось и после февральской революции 1917 г., в то же время, как подчеркивает С.Ю. Головина, «правовое регулирование труда вплоть

¹ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. III часть. Договоры и обязательства. - СПб., 1896. С. 393.

² Гамбаров Ю.С. Свобода и ее гарантии. Популярные социально-юридические очерки. - СПб., 1910. С. 25.

³ Эльяшевич В.Б. Новое движение в области договора о труде. // Право. 1907. №4. С. 277.

до принятия кодифицированных нормативных актов носило фрагментарный характер, что, конечно, не могло не сказаться на понятийной системе отрасли. Она складывалась достаточно эклектично, и говорить о единстве терминологии и логической последовательности употребления понятий в те годы не приходится. Именно с принятием первых Кодексов законов о труде (1918 г. и 1922 г.) мы связываем становление устойчивой отраслевой терминологии и начало процесса формирования понятийного аппарата трудового права как целостной системы логически взаимосвязанных понятий»¹. Среди понятий, неизбежно возникших в ходе динамичной разработки законодательства о труде, вероятно, и появилось такое понятие, как трудовая правосубъектность, наименование и значение которой стало изменяться в ходе развития российского общества.

После Октябрьской революции 1917 г. правовое регулирование труда в России стало развиваться во многих отношениях иначе, чем в странах Запада и в других странах. Дореволюционное трудовое законодательство было полностью отменено, а формирование социалистического трудового законодательства и советского трудового права началось заново. Установление в России советской власти послужило основой для создания советского трудового права и кодификации трудового законодательства. Трудовое право стало рассматриваться как одна из главных отраслей права, своего рода первооснова социалистического общества.

III Всероссийский съезд Советов в январе 1918 г. принял Декларацию прав трудящегося и эксплуатируемого народа, которая ввела всеобщую трудовую повинность для «уничтожения паразитических слоев общества и организации хозяйства», и в связи с этим договорный характер привлечения к труду стал считаться «буржуазным пережитком». Во взаимоотношениях человека и государства огромное значение стала играть идеология советского государства, и данная идеология провозгласила, прежде всего, несвободу труда, а точнее обязательное принуждение к труду. Предел свободы личности и конкретных действий стало также очерчивать государство, при чем свобода выбора была практически перечеркнута, включая и гражданскую правосубъектность.

Государство, основанное на диктаторском политическом режиме, стало активно вмешиваться в установление меры сво-

¹ Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права. - Екатеринбург, 1997. С. 17-18.

боды граждан, фактически делая невозможным отказ от выполнения трудовой деятельности. Так, например, на основе специальных постановлений Совета Обороны были проведены трудовые мобилизации железнодорожников, статистиков, ветеринаров, специалистов по сплаву, горнорабочих и т.д. Проведение трудовых мобилизаций было прекращено лишь в октябре 1921 г.¹ Помимо этого, население привлекалось к неквалифицированным работам в порядке трудовой повинности, в частности, повинности топливной, сельскохозяйственной, строительной, дорожной, продовольственной, снеговой, для борьбы с последствиями общественных бедствий и т.п.², в связи с чем трудовую правосубъектность советских граждан в период с 1918 г. до принятия КЗоТа РСФСР 1922 г. можно определить как всеобщую обязанность трудоспособных советских граждан в рамках данной политической и правовой системы выполнять в принудительном порядке определенные работы на основе централизованного регулирования условий труда независимо от их согласия или несогласия.

Начало Новой экономической политики (НЭПа) положило начало созданию предпосылок для развития предпринимательства на всех уровнях. Переход к НЭПу потребовал соответствующего изменения трудового законодательства, и, прежде всего, отмены всеобщей трудовой повинности, которая стала допускаться только в исключительных случаях, например, при борьбе со стихийными бедствиями, которая регулировалась «Положением о порядке привлечения населения к трудовой и транспортной повинности», утвержденное ВЦИК и СНК РСФСР от 18 июля 1927 г.³ Как отмечает Г.С. Скачкова, постепенно отмирал метод принуждения в деле учета и распределения рабочей силы: был установлен принцип добровольности в деле посылки безработных на работу; изменены функции органов учета и распределения рабочей силы - эти органы стали вести учет и посредничество по найму на началах добровольного согласия безработных. С отменой трудовой повинности предприниматели получали право найма работников по своим потребностям, а рабочие и служащие получили право поступать на работу и увольняться по собственному желанию⁴.

¹ СУ, №68, ст. 545.

² Декрет СНК от 29 января 1920 г. п. "а" ст. 1.

³ СУ, №73 ст. 500 и 1928, №11, ст. 102.

⁴ Скачкова Г.С. Расширение сферы действия трудового права и дифференциации его норм. Монография. - М., 2003. С. 166.

На основе принятого 30 октября 1922 г. КЗоТа РСФСР стали внедряться договорные основы правового регулирования наемного труда, стала реально преобладать широкая диспозитивность, добровольность найма и возмездность труда. Но, несмотря на довольно детальную регламентацию трудовых отношений, в КЗоТе РСФСР 1922 г. отсутствовало само упоминание о существовании такой юридической категории, как трудовая правосубъектность, т.к. трудовые отношения в те годы рассматривались как разновидность имущественных, а трудовое право - как составная часть гражданского права. Цивилистическая наука формировала лишь общегражданскую правоспособность, охватывающую юридические возможности граждан в сфере общественного производства, то есть трудовая правосубъектность законодательно была не нужна, хотя *de facto* она, безусловно, проявлялась в правовом регулировании трудовых отношений того времени в истории России.

В частности, можно специально выделить возрастной критерий трудовой правосубъектности граждан, который учитывался при поступлении на работу в те годы. Так, возраст общей трудовой правосубъектности физического лица определялся в 16 лет, что было закреплено в ст. 135 КЗоТ 1922 г., согласно которой запрещался прием на работу лиц моложе 16 лет, но в исключительных случаях инспектором труда предоставлялось право на основании специальной инструкции, издаваемой Народным Комиссариатом Труда, по соглашению с ВЦСПС, давать разрешения на поступление на работу малолетних не моложе 14 лет. Но даже эта низшая предельная возрастная норма в сельских местностях снижалась специальными законами. Например, в трудовом крестьянском хозяйстве допускался наем подростков от 14 лет без разрешения инспектора труда, а для выполнения особо легких работ допускался наем малолетних не моложе 12 лет¹.

Таким образом, трудовую правосубъектность в период с 1922 года до начала 30-х годов следует уже определить как добровольную возможность субъекта трудового правоотношения (физического лица или группы физических лиц), право- и дееспособное по действующему гражданскому законодательству лично или через представителя, на добровольных началах

¹ Постановление СНК СССР от 18.04.1925 г. "Временные правила об условиях применения подсобного наемного труда в крестьянском хозяйстве", СЗ. №26. Ст. 183; Инструкция СНК РСФСР от 24.07.1925 г. к "Временным правилам", СУ. №54. Ст. 411.

приобретать трудовые права, законодательно установленные государством для лиц наемного труда, а также нести перед нанимателем соответствующие трудовые обязанности за возмездное вознаграждение за труд.

С позиции уже пройденного значительного периода истории можно лишь предположить, что если бы трудовое законодательство продолжало бы развиваться в том же русле усиления договорной свободы, то оно все более углубленно осуществляло бы эффективное правовое регулирование многообразных общественных отношений, учитывающих законы рынка, а практика, в свою очередь, поставила бы вопрос о разработке конструкции трудовой правосубъектности в противоположность гражданской правосубъектности. Но, к сожалению, к началу 30-х годов XX века договорное начало было практически вытеснено административным правовым регулированием трудовых отношений, ставшим по своей сути идеологическим, основанном на внутриклассовой солидарности рабочих и администрации государственных предприятий и учреждений. С конца 20-х до начала 50-х гг. XX века трудовой договор рассматривался почти исключительно как основание возникновения трудовых правоотношений, содержание которых всецело определялось централизованно¹. Научные разработки в теории трудового права в этот период были незначительными, а большинство публикаций до начала 50-х гг. имели преимущественно прикладной и комментаторский характер². Ученые-правоведы этого периода не могли отойти от идеологических партийных установок, носящих, как правило, безапелляционный характер, и простор для творческих поисков фактически отсутствовал. И только начиная с середины 50-х гг. XX века в СССР усилился интерес к проблемам правового регулирования трудовых отношений на основе трудового договора, сущности трудового правоотношения и трудовой правоспособности советских граждан.

В создании учения о трудовой правосубъектности в советский период исторического развития России значительный вклад внес Б.К. Бегичев, который одним из первых в науке трудового права раскрыл юридическое содержание трудовой

¹ Краснопольский А.С. Трудовое правоотношение и трудовой договор по советскому праву. // Вопросы советского гражданского и трудового права. - М., 1952. Ч. 1. С. 111-190.

² Данилова Е.Н. и др. Увольнение рабочих и служащих по действующему законодательству о труде. - М., 1930; Москаленко Г.К. Переводы и командировки по советскому праву. - М., 1952 и др.

правосубъектности и четко разграничил данную юридическую категорию от гражданской правосубъектности¹. Заслуга Б.К. Бегичева состоит в том, что он детально проанализировал все существующие предпосылки трудовой правоспособности и ее содержание, и его учение имеет огромное значение для науки трудового права и ее дальнейшего развития, т.к. категория трудовой правосубъектности по-прежнему привлекает внимание исследователей, но уже с позиции реалий современности.

Реформа российского законодательства, проводимая в Российской Федерации начиная с 90-х годов, поставила необходимость пересмотра не только сущности правового регулирования трудовых отношений, но и отдельных юридических конструкций трудового права, включая и категорию трудовой правосубъектности. Создание адекватной системы правового регулирования трудовых отношений является основным условием эффективного развития трудового права, т.к. данная отрасль - одна из самых динамичных в системе российского права, в силу своего социального назначения призванная своевременно реагировать на требования, продиктованные условиями производства и труда, необходимостью защиты работников, учета интересов как работников, так и работодателей.

Но для того, чтобы в полной мере достигнуть этой цели, требуется точное определение сущности правового положения субъектов трудового права в современный период исторического развития России, а также их трудовой правосубъектности, которая в действующем трудовом законодательстве, как и в ранее действующем, по-прежнему не определена, хотя обладание субъективными трудовыми правами, закрепленными в ныне действующем Трудовом кодексе РФ, немислимо без общей возможности быть участником трудовых отношений, и правовое положение субъекта права в области трудовых отношений неизбежно отражается на его правосубъектности, которая служит общей основой трудовых прав.

По сравнению с советским периодом российской истории существенно изменилась сама основа всех существующих трудовых прав граждан. Ранее основополагающим базисом являлось в первую очередь право на труд, на получение гаран-

¹ Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан: Монография. - М., 1972.

тированной работы, при этом общественно-полезная деятельность каждого гражданина предполагалась в обязательном порядке, то есть трудовая правосубъектность фактически выступала одинаковым масштабом в отношении различных людей и при этом неизбежно презюмировалась.

Конституция Российской Федерации 1993 г. провозгласила принцип свободы труда, который коренным образом изменил сущность трудового права и существенно отразился на правовом положении субъектов. Граждане России вправе добровольно реализовывать данный принцип и свое субъективное право на самостоятельный выбор профессии, занятий, а также на выбор места работы по своему усмотрению либо право вообще отказаться от трудовой деятельности на основе трудового договора. В настоящее время отсутствует обязательность труда, и, как следствие, стала отсутствовать уравнительная и обязательная юридическая возможность вступать в трудовые правоотношения.

Трудовая правосубъектность преобразовалась в юридический масштаб свободы физических лиц в сфере общественного производства, и одновременно она стала отличаться как равенством, так и значительной дифференциацией. Данная юридическая конструкция выступает основанием трудового (отраслевого) статуса субъекта трудового права, а ее отсутствие вообще исключает возможность вступления в трудовые правоотношения, в процессе которых участники общественных отношений и реализуют конституционный принцип свободы труда.

ПОСЛЕДСТВИЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ТОВАРНОГО ЗНАКА В УСЛОВИЯХ ДЕЙСТВИЯ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА

*Курлаев О.А. -
старший преподаватель кафедры трудового
и предпринимательского права*

После вступления в силу 1 января 2008 года Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации¹ правовой режим товарных знаков претерпел существенные изменения. В свете этого представляет большой интерес анализ норм о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием. Цель указанного института состоит в сокращении количества неиспользуемых знаков, в предоставлении заинтересованным лицам возможности получить исключительные права на товарный знак, который зарегистрирован на имя другого лица, но не используется в хозяйственном обороте, то есть не выполняет свою основную функцию - функцию индивидуализации.

В соответствии с п. 1 ст. 1486 ГК РФ правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно в отношении всех товаров или части товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, вследствие неиспользования товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его государственной регистрации. Отметим, что правовая охрана товарному знаку может быть предоставлена не только в силу его государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, но и иными способами - на основании международной регистрации товарного знака в соответствии с международными договорами Российской Федерации (ст. 1479 ГК РФ) или вследствие признания товарного знака общеизвестным (ст. 1509 ГК РФ). Следовательно, более корректными будут являться формулировки «...товаров, для индивидуализации которых товарному знаку предоставлена правовая охрана...» и «...трех лет после предоставления товарному знаку правовой охраны».

Под использованием товарного знака, которое учитывается при решении вопроса о досрочном прекращении право-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая от 18.12.2006 года №230-ФЗ. // Собрание законодательства Российской Федерации (далее - СЗ РФ). 2006. №52 (ч. 1). Ст. 5496. Действует в редакции от 01.12.2007 года. Далее - ГК РФ.

вой охраны обозначения, понимается его использование в отношении товаров, для индивидуализации которых знаку предоставлена правовая охрана, способами, перечисленными в подпунктах 1, 3-5 п. 2 ст. 1484 ГК РФ¹, за исключением случаев, когда соответствующие действия не связаны непосредственно с введением товара в гражданский оборот. Таким образом, ГК РФ, в отличие от ранее действовавшего Закона Российской Федерации от 23.09.1992 года №3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»², расширил круг действий, которые признаются использованием товарного знака для целей решения вопроса о досрочном прекращении его правовой охраны. Так, если ранее по общему правилу обязательным было предоставление доказательств использования знака на товаре или его упаковке³, то в соответствии с ГК РФ надлежащим будет признаваться использование товарного знака любым способом при условии введения товара в гражданский оборот. Данное нововведение следует признать логичным: для осуществления товарным знаком функции индивидуализации является необходимым введение товара в гражданский оборот, при этом индивидуализация товара осуществляется, как правило, при его выборе потребителем и может происходить и при отсутствии товарного знака на самом товаре (его упаковке), например, в случае заказа товара при помощи сети Интернет через сайт, содержащий соответствующий товарный знак.

Особый интерес представляет вопрос о том, использование обозначения какими лицами является надлежащим в смысле решения вопроса о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака. Если Закон о товарных знаках считал

¹ То есть при размещении товарного знака на товаре, его этикетке, упаковке, на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот; в предложениях о продаже товаров, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе, в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации. Исключение из этого перечня подпункта 2 п. 2 ст. 1484 ГК РФ, касающегося использования знака при выполнении работ и оказании услуг, объясняется тем, что автором настоящей статьи четко разделяются понятия товарного знака и знака обслуживания и, соответственно, правовые режимы двух указанных видов обозначений.

² Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. №42. Ст. 2322. В редакции Федерального закона от 11.12.2002 года №166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». // СЗ РФ. 2002. №50. Ст. 4927. Далее - Закон о товарных знаках.

³ Использование товарного знака иным способом могло быть признано надлежащим использованием обозначения только при наличии уважительных причин неприменения товарного знака на самих товарах и (или) их упаковке (п. 1 ст. 22 Закона о товарных знаках).

использованием товарного знака его применение только правообладателем или лицом, которому такое право предоставлено на основе лицензионного договора в соответствии со ст. 26 указанного закона¹, то п. 2 ст. 1486 ГК РФ расширяет круг «надлежащих пользователей» товарного знака за счет лиц, осуществляющих использование товарного знака под контролем правообладателя. Такая формулировка ставит вопрос о возможности признания юридической силы за незарегистрированными лицензионными договорами о предоставлении права использования товарного знака.

На наш взгляд, очевидно, что использованием товарного знака, которое считается надлежащим при решении вопроса о досрочном прекращении правовой охраны обозначения, могут являться только правомерные действия. Ситуации, на которые распространяется норма об использовании товарного знака под контролем правообладателя, делятся, как минимум, на два вида:

1) товарный знак используется лицом, входящим в одну группу лиц² с правообладателем товарного знака, в силу чего правообладатель имеет юридические возможности контролировать деятельность лица, использующего товарный знак;

2) использование товарного знака лицом, не входящим с правообладателем в одну группу лиц, если при этом правообладатель фактически осуществляет контроль за использованием товарного знака в силу сложившихся хозяйственных связей или иных обстоятельств³.

При рассмотрении вопроса о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака для доказывания факта использования товарного знака под контролем правообладателя, полагаем, должны быть представлены доказательства осуществления правообладателем такого контроля. Одним из таких доказательств могут являться встречающиеся на практике договоры, определяющие условия использования товарного знака, которые не прошли государственную регистрацию.

¹ Указанная норма п. 1 ст. 22 Закона о товарных знаках (равно как и аналогичная часть нормы п. 2 ст. 1486 ГК РФ) не включает в число лицензиатов, применение которыми товарного знака признается его использованием, даже пользователей по договору коммерческой концессии, что является следствием недостатков юридической техники указанных законов.

² Состав которой определяется в соответствии с антимонопольным законодательством.

³ В частности, при наличии дружеских отношений между физическими лицами, являющимися основными или единственными участниками юридических лиц, одно из которых является правообладателем, а другое осуществляет фактическое использование товарного знака.

Между тем, в соответствии с п. 1 ст. 1490 ГК РФ лицензионные договоры, а также другие договоры, посредством которых осуществляется распоряжение исключительным правом на товарный знак, должны быть заключены в письменной форме и подлежат государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, несоблюдение требования о государственной регистрации влечет недействительность соответствующего договора (п. 6 ст. 1232 ГК РФ).

В то же время мы не видим юридических различий в договоре, определяющем условия использования товарного знака, который не прошел государственную регистрацию, и иных письменных доказательствах использования товарного знака под контролем правообладателя, которые должны приниматься палатой по патентным спорам при рассмотрении дела о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием. Таким образом, формулировка п. 2 ст. 1486 ГК РФ, бесспорно, приводит к возникновению коллизии норм Части четвертой ГК РФ, а также, на наш взгляд, фактически легализует лицензионные договоры о предоставлении права использования товарного знака, не прошедшие государственную регистрацию в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования может быть подано заинтересованным лицом в палату по патентным спорам по истечении трех лет его неиспользования¹ при условии, что вплоть до подачи такого заявления товарный знак не использовался. В первоначальной редакции Закона о товарных знаках срок неиспользования составлял пять лет и был сокращен до трех лет в результате принятия Федерального закона от 11.12.2002 года №166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

В связи с сокращением срока неиспользования товарного знака для целей решения вопроса о досрочном прекращении его правовой охраны на практике возник вопрос о том,

¹ При этом в расчет могут приниматься любые три года после государственной регистрации товарного знака.

какой срок подлежит применению в отношении знаков, зарегистрированных до вступления в силу указанного закона (27.12.2002 года). Первоначально после сокращения рассматриваемого срока палата по патентным спорам принимала и рассматривала заявления о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием в течение трех лет независимо от даты регистрации товарного знака. Ситуация изменилась после принятия Федеральным арбитражным судом Московского округа определения от 04.02.2005 года по делу №КА-А40/13353-04¹, в котором суд указал на невозможность распространения измененной нормы ст. 22 Закона о товарных знаках на правоотношения, возникшие до введения его в действие. Впоследствии эта позиция была воспринята Палатой по патентным спорам, судебными органами, а также большинством исследователей соответствующего вопроса². Мы поддерживаем позицию иной группы авторов³, считающих, что трехлетний срок неиспользования знака должен применяться независимо от даты регистрации знака. Особую актуальность эта проблема⁴ приобрела в настоящее время в силу того, что ГК РФ ограничил по сравнению с Законом о товарных знаках круг лиц, имеющих право подавать заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака. Ранее такое заявление могло подать любое лицо, а в настоящее время п. 1 ст. 1486 ГК РФ требует наличия заинтересованности лица, подавшего заявление, в досрочном прекращении правовой охраны товарного знака.

Если последовательно придерживаться позиции, которую занимают в настоящее время арбитражные суды, то в отношении товарных знаков, зарегистрированных до 27.12.2002 года, необходимо применять не только существовавший в то время пятилетний срок неиспользования товарного знака, но и условия подачи соответствующего заявления

¹ Документ официально опубликован не был. Использован текст, содержащийся в Справочной правовой системе «КонсультантПлюс».

² См., например: Разумова Г., Сычев А. Прекращение правовой охраны товарного знака в связи с неиспользованием: какой срок применять? // Интеллектуальная собственность: Промышленная собственность. 2005. №10. С. 16; Чиженок М. Неиспользование товарного знака: Пятилетку в три года! // Интеллектуальная собственность: Промышленная собственность. 2006. №4. С. 38.

³ Моргунова Е.А. Товарные знаки: заявления и возражения. // Закон. 2004. №10. С. 132; Лабзин М. О действии во времени нормы о трехлетнем сроке неиспользования товарного знака // <http://www.labzin.com/cash/ib1/ib1004_00010.html> (последнее посещение - 30.11.2006 года).

⁴ Не решенная, к сожалению, в Федеральном законе от 18.12.2006 года №231-ФЗ «О введении в действие Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». // СЗ РФ. 2006. №52 (ч. 1). Ст. 5497. Далее - Вводный закон.

в палату по патентным спорам¹, что, на наш взгляд, нарушает общие правила действия нормативного акта во времени, а также принцип равенства участников гражданских правоотношений (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Полагаем, что в настоящее время правильно решить правоприменительную проблему выбора срока неиспользования товарного знака может Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, издав постановление Пленума по соответствующему вопросу².

На практике также нередко возникает вопрос о прерывании установленного законом срока неиспользования знака при отчуждении исключительного права на товарный знак³. В литературе высказываются мнения, что при отчуждении права на товарный знак другому лицу срок неиспользования знака должен начинаться заново, так как «не должен новый правообладатель нести ответственность за неисполнение обязанности предыдущим правообладателем»⁴. Сторонники этой позиции исходят из наличия обязанности правообладателя использовать знак. Мы поддерживаем иную точку зрения и полагаем, что такая обязанность на правообладателя законом не возлагается⁵, а предложенные решения рассматриваемой проблемы являются не вполне обоснованными.

Так, невозможность лица, которое приобрело право на товарный знак у другого лица, нести ответственность за действия или бездействия последнего, не согласуется с нормами гражданского законодательства. Переход исключительного права на товарный знак по договору об отчуждении исключительного права на товарный знак является случаем сингулярного правопреемства: в правоотношении, объектом которого является право на товарный знак, новый правообладатель имеет все права и несет все обязанности первоначального правообладателя, например, он становится лицензиаром по заклю-

¹ Включая, в частности, круг лиц, имеющих право на подачу такого заявления.

² Хотя, на наш взгляд, предпочтительнее было бы решить указанную проблему законодательно, указав во Вводном законе, что нормам, определяющим условия и порядок досрочного прекращения товарного знака в связи с его неиспользованием, придается обратная сила.

³ Ранее именуемом в законодательстве как «уступка товарного знака».

⁴ Лабзин М. Обязанность использовать товарный знак и защита неиспользуемого товарного знака. // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2004. №7. С. 43.

⁵ Кудakov А.Д. Проблема исчисления срока непрерывного неиспользования товарного знака как основания для прекращения его правовой охраны. // Проблемные вопросы теории и практики охраны интеллектуальной собственности. Сборник докладов Международной научно-практической конференции, посвященной 50-летию образования Комитета по делам изобретений и открытий при Совете Министров СССР. Москва, 12-13 октября 2005 г. Том I. - М., 2006. С. 181.

ченным лицензионным и иным подобным договорам. Перемена лиц в обязательстве не прекращает обязательств¹ и не является основанием для освобождения от ответственности (даже если считать использование знака обязанностью правообладателя). Логическим следствием позиции, в соответствии с которой при переходе исключительного права другому лицу срок неиспользования знака начинает течь заново, является следующий вывод: при реорганизации юридического лица-правообладателя в форме преобразования подача заявления о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака возможна не ранее чем через три года после завершения реорганизации. Приведенный пример более четко показывает несоответствие рассматриваемого подхода целям соответствующих норм закона.

Другим аргументом прерывания срока при переходе прав на товарный знак является норма закона² о том, что использованием товарного знака считается его применение правообладателем, то есть, по мнению некоторых авторов, «лицом, указанным в Реестре в качестве правообладателя на момент подачи заявления о прекращении правовой охраны в связи с неиспользованием»³. Толкование субъекта, действия которого по применению товарного знака считаются использованием товарного знака, именно как лица, которое является правообладателем в какой-то конкретный момент времени, на наш взгляд, представляет собой слишком формальный подход. Если последовательного придерживаться такого буквального толкования норм закона⁴, переход права на товарный знак другому лицу тем более не прерывает трехлетний срок, так как закон четко определяет этот срок как три года после государственной регистрации товарного знака, которая осуществляется один раз на имя первоначального правообладателя: при заключении договоров об отчуждении исключительного права регистрация знака не происходит. Согласно рассмотренной позиции, возможна нелогичная ситуация, когда после отчуж-

¹ Кроме неразрывно связанных с личностью субъекта правоотношений, о чем нельзя говорить при характеристике отношений по поводу товарных знаков.

² Ранее - п. 1 ст. 22 Закона о товарных знаках, в настоящее время - п. 2 ст. 1486 ГК РФ.

³ Кудakov А. Уступка товарного знака и исчисление срока его непрерывного неиспользования при прекращении правовой охраны. // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2005. №9. С. 30.

⁴ Досрочное прекращение правовой охраны товарного знака возможно «вследствие неиспользования товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его государственной регистрации» (п. 1 ст. 1486 ГК РФ).

дения правообладателем, который в течение, например, пяти лет реально и непрерывно использовал товарный знак, исключительных прав иному лицу палата по патентным спорам должна досрочно прекратить правовую охрану товарного знака, так как правообладатель (лицо, которое является таковым в момент подачи соответствующего заявления) не использовал знак в течение более трех лет и вообще не использовал знак, потому что знак мог использоваться и использовался иным, чем нынешний правообладатель, лицом.

На наш взгляд, переход исключительного права на товарный знак к другому лицу не прерывает течение сроков неиспользования товарного знака. При этом для целей закона использованием знака должно считаться его реальное использование лицом, имеющим на это право, то есть правообладателем (лицом, являющимся таковым в момент совершения действий по использованию) или иными лицами с его разрешения. Переход исключительного права на товарный знак к другому лицу в случае подачи заявления о досрочном прекращении его правовой охраны до истечения трех лет с момента такого перехода может быть обоснованием неиспользования знака по не зависящим от нового правообладателя обстоятельствам (п. 3 ст. 1486 ГК РФ).

Неоднозначной является законодательная формулировка относительно условий подачи заявления о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака. Сама по себе правовая охрана знака может быть прекращена при неиспользовании товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его государственной регистрации. Такое заявление может быть подано «по истечении указанных трех лет при условии, что вплоть до подачи такого заявления товарный знак не использовался» (п. 1 ст. 1486 ГК РФ).

Использование товарного знака - не одномоментное действие, так как оно предполагает, в частности, совершение действий по производству товара, нанесению на него этикетки, передачи сбытовому подразделению организации или оптовому покупателю и т.д. Поэтому формулировка рассматриваемой нормы вызывает следующие вопросы. Какой период времени использования знака считается использованием «вплоть до подачи такого заявления»? Если речь идет не о конкретном периоде, а вообще о неиспользовании знака до подачи заявления, то зачем в п. 1 ст. 1486 ГК РФ имеется указание «любых трех лет после его государственной регистрации»?

Систематический анализ норм об условиях досрочного прекращения правовой охраны товарного знака («вследствие неиспользования товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его государственной регистрации» и «при условии, что вплоть до подачи такого заявления товарный знак не использовался») приводит к следующему выводу. Для удовлетворения заявления о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака достаточно, чтобы правообладатель допустил хотя бы один раз непрерывное трехлетнее неиспользование знака, а также чтобы на момент подачи заявления в палату по патентным спорам использование знака (если такое имело место) прекратилось. В результате может иметь место ситуация, когда правообладатель, допустивший более чем трехлетний перерыв в использовании знака (при этом знак не использовался вообще и обстоятельств, не зависящих от правообладателя и препятствовавших использованию знака, не имелось), начинает реально использовать знак, однако по каким-либо причинам приостанавливает выпуск в обращение товара, скажем, на три месяца. Если в этот период будет подано заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака, то в соответствии с действующей нормой п. 1 ст. 1486 ГК РФ палата по патентным спорам должна принять решение об удовлетворении поданного заявления. На наш взгляд, подобное решение будет противоречить духу гражданского законодательства в части норм о последствиях неиспользования товарного знака.

Полагаем, что о прекращение правовой охраны знака в связи с его неиспользованием может иметь место только при наличии следующего условия: неиспользование товарного знака непрерывно в течение трех лет, предшествующих подаче соответствующего заявления в палату по патентным спорам.

В целях более эффективной охраны прав и законных интересов правообладателей предлагаем скорректировать формулировку п. 1 ст. 1486 ГК РФ следующим образом:

«Статья 1486. Последствия неиспользования товарного знака

1. Правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно в отношении всех или части товаров, для индивидуализации которых товарному знаку предоставлена правовая охрана, вследствие неиспользования товарного знака непрерывно в течение трех лет, непосредственно предшеств-

вующих подаче соответствующего заявления. Заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования может быть подано заинтересованным лицом в палату по патентным спорам не ранее чем по истечении трех лет после предоставления товарному знаку правовой охраны».

Вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе

ОБУЧЕНИЕ НАВЫКАМ ДЕЛОВОГО ПИСЬМА СТУДЕНТОВ-ЮРИСТОВ НА УРОКАХ ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА

*Жукова Е.Э. -
кандидат педагогических наук,
доцент кафедры иностранных языков*

Без знания иностранных языков невозможно представить квалифицированного специалиста в области международного права. Половину своего рабочего времени, а в некоторых случаях большую его часть, юрист-международник тратит на изучение и подготовку документов на иностранном языке. Поэтому обучение такого специалиста английскому языку ведется углубленно на протяжении 5 лет и составляет не менее 8 часов в неделю; ведь студент должен овладеть общими знаниями английского языка; научиться вести деловую переписку; работать с документами и составлять контракты; знать специальную лексику, связанную с правовыми аспектами; иметь в своем распоряжении знания второго иностранного языка (немецкого или французского).

И лингвисты, и бизнесмены, и люди других профессий, связанных с деловой перепиской, считают, что сегодня в России не хватает грамотных специалистов, владеющих в полной мере навыками ведения деловой переписки, как на русском, так и на английском языке. Наиболее спорными моментами во взглядах на деловое письмо является то, что лингвисты считают необходимым составлять письмо в соответствии с традициями языка, на котором оно написано. Однако современный деловой русский язык теряет все свои лучшие свойства, подвергаясь агрессивному воздействию западного письма. Менеджеры, напротив, называют это естественным процессом по замене неудобного удобным.

Лингвисты считают подражание западным стандартам в этикетных правилах и формулах деловых писем серьезной проблемой. Даже организуют кампании в защиту отчества. Проанализировав материалы сегодняшних газет, ученые-лингвисты обнаружили, что на долю сочетания полного имени и

фамилии сегодня приходится 72% употреблений, упоминание только одной фамилии составляет 22,2%, на долю имени-отчества остается 5,8%.

Официальное обращение по имени диктуют сегодня западные компании, которые приходят на российский рынок. Но этикетные знаки освящены традицией, которая не возникает на пустом месте. Обращение по отчеству - это знак уважения и способ дополнительной дифференциации. Однако в деловом сообществе довольно быстро закрепляется западный стандарт. Многие бизнесмены становятся сторонниками американской манеры обращения, и стараются обращаться на вы, но по имени: это демократичнее. Они считают, что западный стиль обращения приживается у нас не случайно. Российский бизнес очень молодой, и обращение по имени-отчеству иногда выглядит довольно смешно. Некоторые считают, что это не вопрос культуры, а вопрос возраста.

У лингвистов на этот счет своя точка зрения. В России деловое письмо формировалось без малого тысячелетия, приводя языковые средства к единому стандарту и оттачивая деловые формулы. Естественно, набор таких средств у нас очень велик. «Регламентация делового письма настолько вошла в нашу кровь, что нам трудно бывает порой оторваться от нее даже в рекламных текстах. Что говорить о деловой переписке, которая по определению стандартизирована и формализована? Мы ориентируемся на коллективное сознание, на стандарт» (кандидат психологических наук, эксперт по вопросам документалистики и бизнескоммуникаций Мария Колтунова).

В России письменное общение тяготеет к использованию клишированных фраз, их строгой закрепленностью в текстовой структуре документа. У американцев, напротив, деловое письмо продолжает традиции устной публичной речи. В их деловой переписке можно встретить цитаты из Библии или стихов, риторические вопросы и восклицания. У них составление делового письма - настоящее творчество, поэтому, когда Рон Теппер, автор известной книги «Как овладеть искусством делового письма. 250 писем и записок в помощь менеджеру», говорит, что хорошее деловое письмо - это произведение искусства, он не преувеличивает.

В деловой письменной речи отражается разница поведенческих национальных стереотипов. Например, оценка среднего американца несколько завышена, оценка среднего россиянина, напротив, занижена. Поэтому американец может в

собственном резюме на пяти страницах писать о себе лестные характеристики, что будет странно для нас. Эти отличия нужно иметь в виду, но не ориентироваться на них (М. Колтунова).

Отсутствие четких стандартов и единообразия - это то, с чем постоянно сталкиваются в ежедневной переписке менеджеры, юристы, бизнесмены. Сегодня деловая переписка - явление достаточно пестрое с точки зрения речевой культуры. Отсутствие общей формы составления деловых писем интересным способом отражается на письмах, отправленных по электронной почте. Серьезные деловые письма принимают за спам, но как только такие письма приобретают строгую стандартную форму по примеру бумажных, проблемы заканчиваются.

Консалтинговые компании, предлагающие услуги по обучению навыкам делового письма, жалуются на то, что такие тренинги совершенно не пользуются популярностью. Да и в российских вузах деловому письму отводят, по словам М. Колтуновой, не более 20 часов - больше не положено.

«У нас почему-то считают, что умению деловой переписки не нужно учить так же, как, например, менеджменту, - говорит М. Колтунова. - И это при том, что любой менеджер - профессиональный коммуникатор. Владение устной и письменной деловой речью для него - профессиональное занятие, а не любительское».

В ОИ МГЮА курс делового английского с основами деловой корреспонденции преподается на третьем курсе отделения международного частного права. Цель курса - изучение основ деловой корреспонденции, составление писем, служебных записок, запросов, заказов, работа с контрактами, юридическими и платежными документами, широко используемыми в бизнесе, а также совершенствование навыков диалогической речи с использованием профессиональной лексики; выработка навыков абзацно-фразового перевода диалогов коммерческого содержания. Выпускники института успешно применяют полученные навыки в своей профессиональной деятельности и в Оренбурге, и в Москве, поддерживают связи с преподавателями кафедры иностранных языков, иногда обращаются за советом, делятся своими успехами.

Для обеспечения учебно-методической базы данного курса на кафедре разработано пособие по деловой корреспонденции на английском языке «Business Correspondence» Е.Э. Жуковой. Учебно-методическое пособие рассчитано на 30 часов

аудиторной работы и состоит из 7 частей (по темам простое деловое письмо, социальное деловое письмо, деловые письма на различные ситуации, запросы и т.д.). Учебно-методическое пособие содержит разнообразный тренировочный материал. Это, прежде всего, упражнения на активизацию новой коммерческой лексики. Определенная часть упражнений посвящена самостоятельному составлению писем и документов в соответствии с определенной задачей, а также небольшие ситуационные игры-упражнения, целью которых, при одновременной активизации деловой лексики, является развитие навыков устной речи. Новая лексика вводится с переводом на русский язык, с комментариями, синонимами, антонимами, предложениями и примерами, где это необходимо. Готовится к изданию вторая часть пособия, ориентированная на более конкретные деловые темы - заказы, транспортные перевозки, и т.д. и юридическую документацию.

На уроках деловой корреспонденции студенты изучают не только термины коммерческие, банковские и юридические, но и структуру делового письма, наиболее распространенный стиль - Block style, а также правила составления деловых писем. Они довольно просты, однако следуют им далеко не все.

Одно из главных требований - точность - чаще всего не выполняется. Точности документа мешают и слэнг, и профессионализмы, в большом количестве попадающие в язык коммерческой переписки. Такие слова, как «торговая накрутка» или «неучтенка», не имеют юридически зафиксированного значения и могут создать проблему в конфликтной ситуации. Не так давно, составляя заключение по поводу нового закона о страховании автомобильных средств, М. Колтунова обнаружила, что в документе спутаны понятия «технические характеристики» и «эксплуатационные характеристики». Отсюда ряд возможностей двойного и тройного толкования. Кроме того, написание влияет на экономические характеристики. Приведем несколько примеров. Слово тонна у российского менеджера ассоциируется с 1 тысячей килограмм. В английском языке различается значение ton и tonne. В первом случае речь может идти и о длинной тонне (1016 кг) и о короткой - 907,2 кг, если не указано, что это metric ton (метрическая тонна) - 1000 кг. Если письмо из Англии и написано от руки, следует учесть, что цифру 7 англичане в рукописном варианте не перечеркивают горизонтальной чертой, как русские. Учет национальных особенностей написания - особенно

при написании дат, когда 6 октября 2008 года в американском варианте будет выглядеть как 10.06.08, а не 06.10.08, как в русском письме - сначала месяц, затем число и год. Лаконичность - это основное правило и при построении устного английского предложения, и при составлении делового письма на английском. Информативность письма - первая же фраза должна вызывать у читателя устойчивый интерес. Убедительность достигается двумя качествами текста: аргументированностью и грамотностью. К числу самых сильных аргументов относятся факты: примеры, ссылки на документы, постановления, акты, образцы материалов, сертификаты. Самостоятельность написания: написание деловых писем не стоит передоверять секретарю, который не знает подробностей вашего общения с контрагентом. В исключительных случаях стоит написать письмо от руки - это подчеркивает значение адресата для автора письма. Учет интересов адресата - письмо нужно писать с точки зрения интересов того человека, которому оно направлено. Даже в том случае, если это письмо, которое должно принудить человека выполнить некие обязательства.

К эффективным формулам делового письма, оттачиваемым на уроках деловой корреспонденции, также относятся следующие: выбирать простые, понятные выражения; отдавать предпочтение коротким словам; избегать жаргонизмы; писать от первого лица; использовать глаголы в действительном залоге, например, вместо «На совете директоров было решено...» - It was decided on Board of Directors... писать «Совет Директоров решил...» - Board of Directors decided...

Процесс обучения построен на основе методического принципа - обучение снизу, от частного к общему. Структура урока такова, что после первой лекции на языке о принятом стандарте делового письма Block style, усвоив информацию и, затренировав ее в специальных упражнениях, студенты приступают к письменному переводу тематически подобранных деловых писем. Выучив клише и лексику по теме, проверив свои знания в лексико-грамматических упражнениях, студенты переходят к более сложному заданию - перевод деловой корреспонденции с русского на английский. Затем следует уровень диалогических ситуаций по параллельному переводу телефонных разговоров на аналогичную тему и, наконец, составление делового письма на английском языке по предложенной ситуации.

Более продвинутый и узкоспециализированный уровень обучения студентов-юристов подразумевает отработку правил изложения нормативных предписаний. Лекционный материал по введению в языкознание в части «язык и право», прослушанный студентами в пятом семестре на третьем курсе, расширяет профессиональные умения и навыки студентов в сфере языковых особенностей именно юридического языка.

Языковые особенности нормативных высказываний обусловлены объективными юридическими характеристиками норм права. Известные способы изложения нормативных предписаний закреплены социальным опытом и образуют относительно самостоятельную область речевой практики, подчиненную соответствующему стандарту. Его основными чертами являются:

1. Утвердительные предложения с описанием должного порядка действительности. Общеобязательные правовые предписания основаны на оценке сложившейся практики с позиции равенства, гуманизма, свободы и справедливости. Нормативные высказывания в любой сфере правового регулирования оформляются в виде распространенных повествовательных предложений, которые содержат явное или подразумеваемое «должно быть» и имеют типовой набор элементов, соответствующий логической структуре нормы: гипотеза - указание на условия, при которых возникают права и обязанности; диспозиция - указание на сами права и обязанности; санкция - указание на неблагоприятные последствия, наступающие при нарушении нормы.

2. Система юридических терминов. Язык правовых норм характеризуется развитой системой юридических терминов, обозначающих какие-либо профессиональные понятия, необходимые для правильного и четкого выражения законодательной воли. В нормативных суждениях о возможном и должном поведении субъектов используются термины из области юриспруденции, других гуманитарных наук, а также естествознания и техники - в зависимости от предмета регулирования каждая отрасль законодательства располагает своим терминологическим словарем, более или менее специальным.

3. Отвлеченно-обобщенные грамматические формы и конструкции. Поскольку нормативные правовые предписания применяются неоднократно, слова в тексте норм права называют не отдельный предмет либо событие в его индивидуальной неповторимости, а целый класс предметов либо множе-

ство событий. Соответственно, используются абстрактные термины; формы глагола с отвлеченным вневременным значением; местоимения без конкретизированного предметного содержания; пассивные конструкции, позволяющие подчеркнуть указанное в правовой норме действие в отвлечении от его субъекта и юридически незначимых обстоятельств.

4. Речевые стереотипы (воспроизводимые выражения, фразы-клише).

5. Языковые средства, увеличивающие содержательно-информационный объем предложения. Такие средства необходимы, чтобы достичь компактности изложения при условии полного и объективно правильного отражения действительности. Содержательно-информационный объем предложения увеличивается за счет причастных и деепричастных оборотов, однородных членов, придаточных предложений, обособленных предложно-падежных групп, вставных фраз и некоторых других конструкций, распространяющих и уточняющих нормативное высказывание.

6. Специальная графика. К языковым графическим средствам относятся заглавия, рубрики, знаки препинания, пробелы, различные начертания букв. С их помощью обычно выделяют смысловые части высказывания и подчеркивают наиболее значимые фрагменты письменной речи. Специальная графика обеспечивает логическую завершенность и композиционную упорядоченность нормативных правовых предписаний. Так, статьи законов нумеруются и имеют заглавие, выделенное пробелами и шрифтом; отдельная статья может подразделяться на абзацы (части, пункты), а группы близких по содержанию статей могут быть объединены в главы и разделы.

С учетом вышеизложенного, в качестве тренировки на семинарах по введению в языкознание используются реально существующие нормативно-правовые акты со стилистическими (перегруженность текста, запутанность конструкций), а иногда и грамматическими ошибками (неправильное согласование существительных в родительном и творительном падежах и др.). Студенты приносят свои примеры и с удовольствием работают над лингвистической составляющей нормативно-правовых актов.

Таким образом, обучение деловому стилю письма студента-юриста на уроках по английскому языку, введению в языкознание, деловому английскому подчинено вполне конкрет-

ным, необходимым в его дальнейшей профессиональной деятельности целям: уметь вести деловую переписку, как на русском, так и на английском языке; работать с документами и составлять контракты; знать правовые аспекты изложения нормативных предписаний. Обучение ведется по «пути снизу»: от конкретных деловых и юридических текстов писем и актов к самостоятельному их написанию на заданную тему.

ВЗАИМОСВЯЗЬ ЯЗЫКОВОЙ И НАУЧНОЙ КАРТИН МИРА

*Коровина С.В. -
к.п.н., доцент кафедры иностранных языков*

Современная лингвистика развивается в русле новой научной парадигмы, в центре которой стоят вопросы языковой личности, языкового сознания, языковой картины мира.

Хорошо известно, что все знания, полученные человеком на протяжении жизни, складываются в его сознании в некий образ, получивший в научной литературе разные названия: модель мира, образ мира, мировидение, мировосприятие, картина мира.

По своей сути картина мира - это субъективное отображение объективного мира, выражающее определенное отношение человека к окружающей его действительности: природе, другим людям, самому себе. Картина мира формирует поведение человека в обществе, систему запретов на его поведение, служит программой поведения для личности и коллектива», определяя набор операций, применяемых человеком для воздействия на мир, правила их пользования в деятельности и их мотивировку.

Как известно, картина мира возникает в процессе социализации человека, то есть его становления как «*homo sapiens*». В частности, можно сказать, что правовая картина мира, или картина мира, связанная с понятиями право и закон, формируется уже в детском возрасте через понятия мое-чужое, хорошо-плохо (Что такое «хорошо» и что такое «плохо»?), можно-нельзя и т.п. Таким образом, картина мира - это результат восприятия человеком окружающей его действительности, в которой все (в той числе и он сам) взаимосвязано,

это один из способов структурирования информации об окружающей действительности.

Несмотря на то, что само явление, называемое «образ мира или картина мира», связывают с появлением человека, термин «картина мира» впервые стал употребляться на рубеже XIX–XX веков. Г. Герц, один из первых употребивших этот термин применительно к физической картине мира, трактует это понятие как совокупность внутренних образов внешних предметов, из которых логическим путем можно получать сведения о поведении этих предметов.

М. Планк, также широко использовавший термин картина мира, считал, что «физическая картина мира должна содержать лишь представления, отражающие устройство природы как таковой, независимо от влияния на нее человеческой деятельности». Он утверждал, что, несмотря на различие чувственного восприятия у разных людей, «картина мира, картина вещей для всех людей одинакова».

Наиболее адекватным пониманием картины мира представляется определение ее как исходного глобального образа мира, лежащего в основе мировидения человека, репрезентирующего сущностные свойства мира в понимании ее носителей и являющегося результатом всей духовной активности человека.

Как известно, картина мира является многоуровневой структурой, в которой разные типы картин мира находятся в иерархической зависимости друг от друга. Считают, что картина мира может быть общенаучной (философской) и частнонаучной (физической, химической и т.д.). Она создается в сознании человека и является основой интеграции людей в обществе, их жизнедеятельности и взаимопонимания. Но каждая цивилизация, социальная система характеризуется своим особым способом восприятия мира, поэтому, наряду с общими, универсальными понятиями (например, время, родители, судьба и т.д.), существуют и особые соотношения между этими понятиями, присущие для каждого отдельного социума, народа, нации.

Иными словами, одни и те же понятия могут пониматься разными народами по-разному, по-своему, что зависит от склада ума данного социума, истории, культуры, вероисповедания, территории проживания и т.д. Например, за одними и теми же словами, такими как свобода, право, закон и т.д., могут стоять разные комплексы представлений и идей, понимание тех или иных явлений.

Г.Д. Гачев, описывая национальные образы мира, отметил, что не могут быть одинаковыми представления о свободе «у англичанина, который датирует традицию личных гражданских свобод еще с «Великой хартии вольностей» XIII века и для кого «свобода» значит «self-madeness» - самостроительство и самоответственность, сдержанность и самообуздание, - способность владеть собой и условиями своего существования, - и у русского, или, как говорят ныне, «россиянина», который только вышел из патерналистских режимов империи и социализма и который может понимать свободу прежде всего как развязывание внешних уз и удержей, как волю вольному и что ему теперь все позволено?..». Таким образом можно говорить о национальной или этнической картине мира.

Наряду с общечеловеческой картиной мира, которая является ядром мировоззрения, мировидения, мировосприятия людей целой цивилизации, существует и индивидуальная картина мира. Все люди получают готовое мировоззрение как «дар природы и культуры» в процессе социализации. Но с возрастом каждый человек вносит в него свои коррективы, что зависит от множества факторов: образа жизни, социального окружения, уровня воспитания и образования и т.д. Поэтому у каждого человека, хотя он и воспринимает мир через призму опыта того общества, в котором живет, имеется своя собственная, индивидуальная картина мира.

Как известно, формирование картины мира происходит посредством языка, который является орудием познания окружающего мира, социальной памятью человека, народа, нации. «Язык всем знаниям и всей природе ключ, / Во слове всех существ содержится картина», - писал Г.Р. Державин.

Еще в начале XIX века мысль об особом языковом мировидении была сформулирована В. Гумбольдтом, который одним из первых поставил вопрос об антропоцентрическом подходе к языку. Он считал, что понять и объяснить язык, его природу можно только исходя из человека и окружающего его мира. «Постигая предметы, человек сближается с внешней природой и самостоятельно разворачивает свои внутренние ощущения в той мере, в какой его духовные силы дифференцируются, вступая между собой в разнообразные соотношения; это запечатлевается в языкотворчестве...».

По мнению немецкого философа XX века М. Хайдеггера, «человек представляется как сущее в мире, в своем бытии связанное с космосом, с землей, а поиск истины бытия

осуществляется через язык, что человеческая сущность заключается в языке».

В настоящее время антропоцентрический подход к изучению отображения картины мира в языке рассматривается в работах Б.А. Серебренникова, А.А. Уфимцевой, Ю.К. Караулова, Н.Д. Арутюновой, В.В. Морковкина, В.Н. Телия, В.И. Постоваловой и многих других ученых. Считается, что термин языковая картина мира (ЯКМ) стал употребляться в научных исследованиях после появления работ Г.А. Брутяна (1973, 1976).

Под языковой картиной мира понимают зафиксированную в языке и специфическую для данного языкового коллектива схему восприятия действительности. Иначе говоря, ЯКМ - это вербально выраженный результат всей духовной активности человека (как *homo sapiens*) и его чувственного и эмоционального опыта. Поэтому можно сказать, что ЯКМ - это восприятие человеком окружающего его мира сквозь призму языка.

Общеизвестно, что языковая картина мира формируется у человека на протяжении всей его жизни. Не требует доказательств и то, что на ЯКМ оказывают влияние все контакты человека с миром, его жизненный опыт, установки в семье, традиции, обычаи, культура и т.д. Поэтому языковые картины мира философа, филолога, врача, юриста, художника будут отличаться друг от друга по типу проработки информации и представления исходного мировидения. Это еще раз подтверждает то, что в ЯКМ вербально отображается специфическая для того или иного коллектива схема восприятия окружающего мира, результат духовной и материальной активности, чувственного опыта человека.

Вполне понятно, что под окружающим миром подразумевается не реальный мир, а концептуализация мира. Язык отражает мир только косвенным образом. Он отражает непосредственно нашу концептуализацию мира.

ЯКМ принято противопоставлять научной картине мира. Различие между языковой и научной картинами мира особенно ярко проявляется при анализе тех слов естественного языка, которые используются в качестве научных терминов, например: «дело, срок, закон, земля, вор, кража» и т.д. Хотя значение научного термина развилось, «выросло» из значения обычного слова, однако термин определяется в системе научных понятий, а она бывает весьма далека от системы лекси-

ческих значений, закрепленных в естественном языке. Например, все мы знаем, что Земля, одна из планет Солнечной системы, движется вокруг Солнца и имеет форму, близкую к шарообразной. Но, несмотря на это, мы говорим: «на краю земли», «солнце село», «на седьмом небе», опираясь не на научное доказательство, а на наше непосредственное восприятие.

Приведенные примеры подтверждают то, что язык отражает наши обычные, житейские представления о каком-либо объекте или ситуации. Поэтому языковую картину (модель) мира называют также наивной, подчеркивая ее «донаучный характер». Наивную картину мира принято интерпретировать как отражение бытовых (обиходных) представлений об окружающей нас действительности.

Интуитивные представления о вещах могут отличаться от научных знаний, хотя и не всегда расходятся с ними. Историческая практика человечества неизбежно приводит к все более широкому вторжению научных знаний в сферу бытовых представлений, отпечатываемых в фактах языка, или к расширению сферы этих бытовых представлений за счет научных понятий.

Итак, основу научной картины мира, мировосприятия, мирообраза, мировидения составляет обыденная, донаучная ЯКМ, в которой возможны элементы научной, вненаучной, а также антинаучной картины мира и мировоззрения.

Логично мнение о том, что специалистам той или иной области знания необходимо не только давать научные знания, но и разработать методологию и методику преемственности между обыденным и научным сознанием, обыденной и научной картинами мира, обыденным и научным мировоззрением. Это потребует на начальном этапе обучения специалистов языку, в том числе родному и иностранному, не просто давать лингвистические знания, но вводить философские и правовые понятия и закономерности и, с этих позиций учить сознательному, критическому осмыслению обыденных представлений.

Ядром научного мировоззрения являются философско-теоретические взгляды, в то время как ядром обыденного мировоззрения является философско-практическое сознание. Языковые афоризмы (половицы, поговорки, притчи, поговорки, анекдоты и др.) играют важную роль в становлении диалектико-материалистического мировоззрения как элемен-

ты исторического перехода от обыденной, житейской философии к научно-теоретической и как элементы преемственности между обыденным и научным мировоззрением.

Выделяется коллективная ЯКМ, то есть языковая картина мира всего народа, и индивидуальная ЯКМ. Каждый индивид черпает из этой картины то, что ему доступно. ЯКМ народа может быть выявлена путем построения семантических, концептуальных, а также семантико-ассоциативных полей. Индивидуальная ЯКМ выявляется в индивидуальных ассоциативных экспериментах. Индивидуальные ассоциативные поля и наивная языковая картина мира являются, с одной стороны, основой формирования научной картины мира, с другой - основой формирования иноязычных ассоциаций (то есть сопоставительной основой) при изучении иностранного языка. Получается взаимозависимость и взаимообусловленность.

И языковая, и научная картины мира несут на себе отпечаток обособленности, что затрудняет их синтезирование. Обособленность ЯКМ заключается в том, что каждый язык дает неповторимую интерпретацию действительности. В то же время язык своими значениями отражает культуру, которую американский этнограф и лингвист Э. Сепир определял как то, «что данное общество делает и думает».

Национальное своеобразие языковой картины мира, как известно, проявляется уже в способах номинации данного языка, так как слово выступает как знак и образ экстралингвистических явлений: что увидел народ в называемом предмете или явлении, по каким признакам осуществил наименование, какой образно-символический потенциал использовал. Например: рус. кочан капусты - англ. «head of cabbage» букв, голова капусты (ср.: в русском языке есть обратное движение от кочана к голове, например о глупом человеке или человеке с большой взлохмаченной головой говорят: «У него не голова, а кочан»); рус. «бабье лето», «золотая осень», «вторая молодость» - англ.: Indian summer букв, индейское лето; рус. зимородок (птица) - англ. kingfisher букв, король-рыбак и т.д.

Разные способы концептуализации мира приводят к различиям в системе номинаций (ср. отсутствие в русском языке и наличие в английском специальных слов для обозначения пальца руки (finger) и пальца ноги (toe); палача: executioner (палач), hangman (палач, исполняющий казнь через повешение) и ахетан (исполняющий казнь через обезглавливание). И, наоборот, отсутствие в английском языке разных слов для

обозначения тещи (mother-in-law) и свекрови (mother-in-law) и т.д.

Считают, что явление обособленности языковых картин, представленных лексико-семантическими системами разных языков, хорошо прослеживается на примере параллельных текстов (оригинала и перевода). Например, эскимосы используют отдельные слова для обозначения разных оттенков снега, в то время как в русском языке или в английском такого разнообразия значений нет, хотя данная реалья существует в этих культурах. Поэтому даже обыденные понятия и обозначающие их слова представляют сложности при переводе на те языки, в которых предметы и понятия, называемые этими словами, не встречаются в культурах народов, говорящих на этих языках.

С проблемой языковой картины мира тесно связан вопрос об особенностях культуры народов, находящих отражение в различных языках. Несомненно, что язык несет в себе культурные особенности, а культура не существует без языка. Обладая информативно-когнитивной ценностью, язык, вместе с тем, не определяет тип культуры как таковой, поскольку, несмотря на существование многих языков и культур, единым для всех людей является действительность как предмет знания. Однако имеются гипотезы, преувеличивающие влияние языка на тип культуры. К их числу относится гипотеза лингвистической относительности Сепира-Уорфа. Эти ученые рассматривали весьма далекие, отличающиеся друг от друга, как по строю, так и по лексическому составу, языки. Основная идея гипотезы такова: мировоззрение и культура каждого народа обладает особенностью, воплощенной в национальном языке. Все содержание культурного опыта заложено в языке, и из языка оно проецируется на все культурные построения. Язык господствует в любом виде человеческой деятельности: в психике, мышлении, познании, культуре.

В подтверждение своей гипотезы Б.Л. Уорф обращается к лексике языка и к грамматическим категориям. Так, он отмечает, что в разных языках соотношение «вещь - слово» представлено по-разному: в языке хопи существует только два слова для летающих предметов: одно используется для обозначения всех птиц, другое - всего остального. «Этот класс представляется нам уж слишком обширным и разнородным, но таким же показался бы, например, эскимосу наш «снег». Мы называем одним и тем же словом падающий снег, снег на

земле, снег, плотно слежавшийся, как лед, талый снег, снег, несомый ветром и т.п., независимо от ситуации. Для эскимоса это всеобъемлющее слово было бы почти невысказанным; он заявил бы, что падающий снег, талый снег и т.п. различны и по восприятию, и по функционированию. Это различные вещи, и он называет их различными словами. Ацтеки же, напротив, идут еще дальше нас: в их языке «холод», «лед» и «снег» представлены одним и тем же словом с различными окончаниями: «лед» - это существительное, «холод» - прилагательное, а для «снега» употребляется сочетание «ледяная изморозь».

Б. Уорф рассуждает следующим образом: восприятие и фиксирование предметной реальности в разных языках различно. Поэтому восприятие и фиксирование действительности не предопределяется извне, то есть реальность сама по себе не расчленена; она произвольно расчленяется нашим познанием.

Кроме того, Б. Уорф полагает, что грамматические модели являются выражением глубинных идей национального сознания. Для него грамматика - это не только формальные предписания для конструирования высказываний языка, а свидетельство особым образом конструируемого мира.

Б. Уорф анализирует, в частности, следующий материал. Языки средневропейского стандарта имеют одни и те же способы образования множественного числа для разных типов множественности, ср. десять человек и десять дней. В первом случае - реальная совокупность предметов, а во втором - представление о некоей временной цикличности. По мнению Уорфа, в нашем восприятии имеется иное время, как нечто «становящееся все более и более поздним». Это представление Уорф называет субъективным. В мышлении пользующихся языком средневропейского стандарта такому восприятию соответствует объективированная идея времени как чего-то количественного. В языке хопи высказывание «Они пробыли десять дней» имеет вид «Они пробыли до одиннадцатого дня».

Такие факты дают исследователю основание считать, что языкам средневропейского стандарта свойственна «объективизация времени».

В своих исследованиях Б. Уорф допускает две неправомерные операции: 1) переоценивает свою возможность вычленения из обыденного сознания понятия времени, 2) соотносит это понятие не с языковой практикой говорящих, а с грамматическим описанием языка, тогда как для сознания

обычного носителя языка результаты научного анализа никакого значения не имеют. Более того, Уорф строит свои исследования таким образом, словно не существует дихотомии «язык / речь». Он переносит свои наблюдения с языка на речь, с языка в статике на язык в динамике.

Ни одна лингвистическая концепция так охотно не подвергалась критике, как гипотеза лингвистической относительности. Вместе с тем, лингвисты признают, что «с ней не разделаешься простой наклейкой на нее ярлыка, что она “ложная” или “идеалистическая”», поскольку «сами ошибки Уорфа гораздо интереснее избитых банальностей».

Следует признать, что гипотеза лингвистической относительности имеет положительные стороны: она ясно указывает на взаимодействие языка и культуры, она привлекла внимание языковедческого мира к необходимости изучения способов языкового отражения реальности в культурологическом аспекте. Неординарность, но отнюдь не бесспорность работ других исследователей, занимавшихся и занимающихся анализом подобного языкового материала (например, школа европейского неогумбольдтианства), подчеркивает актуальность и возможную плодотворность разрабатываемой проблематики.

Многие ученые считают, что в основе ЯКМ лежит концептуальная картина мира (ККМ), поскольку компонентом картины мира является не отдельное слово, а понятие, концепт. Противопоставления языковой и концептуальной модели мира происходит в результате вечной для языкознания проблемы понятия и значения, считает Ю.Н. Караулов, что явно отражается и в работах других исследователей, где речь идет о языковом моделировании действительности.

Многие ученые различают значение и понятие, считая, что именно значение превращает систему символов в языковую систему. Поэтому, считают они, значение как свойство языка, а значит, и те компоненты, на которые его можно разложить, имеют языковую природу. Эти компоненты выполняют различную функцию в познании, в зависимости от которой они выступают как понятия или как абстрактные объекты, из которых строится научная картина мира.

Таким образом, трудность в различении концептуальной и языковой картины мира обусловлена нечеткостью границ между понятием и значением. Однако, как отмечает Ю.Н. Караулов, несмотря на эту размытость границ между понятием и значением, языковая и концептуальная картины

мира различаются достаточно четко и однозначно: «элементами или единицами ЯММ являются поля, имена полей, в то время как единицами КММ - обобщения элементов ЯММ, то есть объединений полей». Причем, понятие картины мира расчленяется на языковую картину мира и концептуальную картину мира, соотносящиеся друг с другом иерархически. КММ характеризуется большей упорядоченностью и системностью, главная роль в ней отводится научным представлениям и идеологическому моменту.

Концептуальная картина мира складывается из понятий, концептов, вычленяемых сознанием в структуре действительности и в свою очередь состоящих из различных элементов в их взаимосвязи.

Под концептуальной картиной мира понимается не только система основных универсальных логических категорий, но и отражение национальных особенностей мировосприятия. Иными словами, языковая картина мира будет не национальным воплощением инвариантной КММ, а экспликацией национально-специфической КММ в ее окончательном национально-специфическом оформлении средствами языка.

Надо отметить, что концептуальная картина мира существует также в двух разновидностях - научной и обыденной, житейской, где концепт представляет собой актуальную интерпретацию понятия в сознании народа, когда в концепт входит лишь часть понятия, выработанная общественной практикой совокупность свойств предмета, существенных для определенной области человеческого опыта.

Концептуальная картина мира реализуется, как правило, в виде научной парадигмы, а слова и выражения, обозначающие концепты научной теории, легко переводятся на другие языки, так как лексические единицы не связаны никакими стилистическими или коннотационными элементами с общей языковой моделью. Возможное отсутствие реальной связи между терминами разных наук и стилистическое однообразие лексических средств придают КММ некую изолированность от ЯММ. Правда, некоторые элементы научных теорий могут проникать в языковую картину мира, когда термины приобретают широкое использование. Этот процесс аналогичен явлению заимствования слов, называющих чуждые культурные явления.

Таким образом, между различными картинами мира есть, хотя и незначительное, взаимодействие. Превалирующая

особенность картин мира требует поиска средств обобщения и систематизации того, что зафиксировано языковыми значениями общеупотребительных слов и выражено научными терминологиями. Синтез картин мира и его материальное воплощение возможны лишь в тезаурусе - словаре, который способен отразить существующие классификации и научную номенклатуру.

Итак, лексическая система языка существует в виде двух взаимосвязанных и взаимообусловленных систем: обыденной, языковой, и научной картины мира. Многие семасиологи и ономасиологи, занимающиеся идеографией и семантическими полями, полагают, что языкознание должно сосредоточить свои усилия на изучении концептуальных схем, на которых покоится исконная языковая картина мира, соответствующая уровню обыденного (наивного) сознания, житейскому здравому смыслу. Исследование и описание научных картин мира - дело энциклопедической, научно-технической и специальной лексикографии.

Таким образом, в основе научной картины мира лежит обыденная ЯКМ, в которой возможны элементы научной, вненаучной и даже антинаучной картины мира и мировоззрения. Научная и обыденная картины мира взаимосвязаны и взаимообусловлены.

В свою очередь, обыденная картина мира покоится на концептуальной картине мира, минимальной единицей изучения которой является концепт. Исходя из этих положений, представляется правомерной выдвинутая в нашей работе гипотеза о принципиальной возможности организации работы по обогащению словаря студентов специальной лексикой, опираясь на общий уровень их языкового развития, а именно в той части обыденной языковой картины мира, которая относится к данной отрасли научного знания (в нашем случае юриспруденции, правоведению).

ОБ АКСИОЛОГИЧЕСКОМ ПОДХОДЕ В ОБУЧЕНИИ ИНОСТРАННОМУ ЯЗЫКУ

*Моисеева Л.В. -
доцент кафедры иностранных языков,
кандидат педагогических наук.*

Один из путей совершенствования содержания лингвистического образования мы видим в его аксиологизации.

Аксиологический подход в образовании имеет целью введение учащихся в мир ценностей и оказание им помощи в выборе лично значимой системы ценностных ориентаций. В настоящее время аксиология (от греч. *axia* - ценность и *logos* - учение) - философское учение о природе ценностей, их месте в реальности и о структуре ценностей мира - может рассматриваться как методологическая основа новой философии образования и, соответственно, лично ориентированной педагогики. В общепринятом значении ключевая категория аксиологии «ценность» понимается как специфически социальные определения объектов окружающего мира, выявляющие их положительное или отрицательное значение для человека и общества. Ввиду этого к ценностям относят только положительные значимые свойства, события и явления. Несомненно, образование является непреложной ценностью для человека, апробированной на протяжении всего развития человеческого общества. Современные философские направления и выработанные в русле их идей педагогические концепции, несмотря на значительные методологические различия, также едины в вопросе признания образования общественной и личной ценностью.

Выбор аксиологического подхода в качестве методологической основы современной педагогики позволяет рассмотреть и лингвистическое образование как социально-педагогический феномен, обладающий особым ценностным статусом.

По мнению исследователей этого вопроса, ценностный статус образования выступает в трех аспектах:

1. В государственном, поскольку образование определяет нравственный, экономический и культурный потенциал каждого государства, является стратегическим фактором его развития и существования.

2. В социальном, так как образовательные интересы вырабатываются сначала в общественном сознании, оформ-

ляясь затем законодательно в государственные образовательные приоритеты.

3. В личностном, поскольку образование в первую очередь является внутренним, собственным достоянием личности, предъявляющей определенные требования к его уровню и качеству.

Все три аспекта взаимосвязаны, но если первые два относятся к сфере глобальной образовательной политики, определяют ее стратегию, то третий определяет направленность тактики текущего образовательного процесса. Нас интересует именно этот аспект, так как именно он является основополагающим в личностно ориентированном образовании.

Одной из плодотворных задач на пути интеграции образования должна стать актуализация ценностного видения мира, поскольку при этом происходит стимуляция творческой активности личности. Ценностный подход детерминирует критическое отношение к окружающим явлениям, обуславливают динамизм мышления и деятельности, предохраняет от косности. Ценностный подход человека к самому себе, своим правам и обязанностям, своему поведению является залогом саморазвития. Проблемой ценностей и ценностных ориентаций занимаются исследователи ряда дисциплин: аксиологии - теории ценностей, философии ценностей, социологии, социальной психологии, общей психологии, философской и культурной антропологии, педагогики и педагогической психологии. Это объясняется тем, что именно система ценностных ориентаций определяет особенности и характер взаимоотношений личности с окружающим миром, регулирует поведение личности.

В исследованиях современных философов Л.П. Буевой, А.Г. Здравомыслова, М.С. Кагана, И.Т. Фролова дается глубокий анализ теории ценностей с позиции сегодняшнего дня. В их работах оформился категориальный аппарат, который включает понятия «ценность», «ценностное отношение», «ценностные ориентации». Философы утверждают, что научная необходимость в этих категориях возникает тогда, когда встает вопрос о личности и об окружающей ее материальной и духовной сфере, а шире - о соотношении деятельности субъекта (будь то личность, группа, класс, нация) в тех объективных условиях, в которых он действует (это научный подход). При движении от субъекта к объекту во главу угла ставится уже не само отражение, а реакция субъекта на отраженное и,

следовательно, степень соответствия объекта потребностям и целям субъекта (это аксиологический подход).

Аксиологический подход к изучению педагогических явлений и процессов позволяет высветить внутреннюю сторону взаимосвязи личности и общества, увидеть личностный аспект ориентации обучаемых на социально значимые ценности.

Система ценностей, по мнению А.Г. Здравомыслова, в широком смысле слова - это внутренний стержень культуры, объединяющее звено всех отраслей духовного производства, всех форм общественного сознания. Она пребывает во всех произведениях духовного производства, во всех напряжениях, свойственных творческому процессу, и ни в одном из них не воплощается до конца, полностью. В системе ценностей как раз и находит выражение эта мера решимости, готовности к изменению мира, которая не остается стабильной и неизменной. Она складывается из различных компонентов, находящихся между собой в весьма сложных отношениях, - философского или мировоззренческого, нравственного и эстетического, политического и идеологического, рационального и эмоционального.

Система ценностей носит синкретический характер, в ней переплетаются все результаты духовной деятельности общества, она пронизывает собой культуру общества и культуру его социальных групп, определяет тональность этой культуры, обуславливая избирательный подход как ко вновь создаваемым произведениям человеческого духа, так и к ценностям, созданным в прошлой истории того или иного народа.

В философской литературе ценностные ориентации рассматриваются на методологическом уровне познания социальной сущности человека. Исследования отечественных ученых-философов - В.Т. Алексеевой, Л.П. Буевой, О.Г. Дробницкого, М.С. Кагана, Л.Г. Смирновой, В.П. Тугаринова и другие - позволяют рассматривать ценностные ориентации в качестве важнейшей характеристики личности, элемента ее структуры, детерминирующего и регулирующего мотивацию и действия личности.

Рассмотрение ценностных ориентаций невозможно без определения научного статуса понятия «ценность».

По существу, все многообразие предметов человеческой деятельности, общественных отношений и включенных в их круг предметных явлений может оцениваться в плане добра или зла, истины или не истины, красоты или безобра-

зия, допустимого или запретного, справедливого или несправедливого.

В.П. Тугаринов определяет ценность как все то, что люди ценят. Это могут быть и предметы, и вещи, и явления природы, и общественные явления, и человеческие поступки, и явления культуры.

Но следует различать понятия «ценность» и «оценка». Ценностью может быть как явление внешнего мира, так и факт мысли (идея, образ, концепция). Ценность есть то, что мы оцениваем, предмет оценки. Оценка же есть умственный акт, являющийся результатом нашего оценочного отношения к этому предмету. Оценка зависит от свойств оцениваемого предмета.

И.Л. Зеленкова считает, что понятие «ценность» выражает значимость, которую нечто имеет для нас. При этом вещи сами по себе предназначены для чего-нибудь, но по-настоящему ценными их делает «моя заинтересованность». Именно «мои предпочтения» составляют основу ориентации в жизни. Мораль в качестве средств такой ориентации предлагает представления о смысле жизни, счастье, свободе, размышления о которых занимают каждого человека. И каждый должен определиться в них самостоятельно, ведь проблемы эти носят личный, даже интимный характер. Содержание понятия «ценность» большинство ученых характеризует через выделение характеристик, свойственных, так или иначе, формам общественного сознания: значимость, нормативность, полезность, необходимость, целесообразность.

А.Г. Здравомыслов считает что мир ценностей - это, прежде всего, мир культуры в широком смысле слова, это сфера духовной деятельности человека, его нравственного сознания, его привязанностей - тех оценок, в которых выражается мера духовного богатства личности. Он относит ценности целиком к сфере духовной культуры¹.

Понятие ценностей возникает из того элементарного и повседневного факта, что люди в процессе жизнедеятельности удовлетворяют свои разнообразные потребности, используя предметы и их свойства, вещества и силы природы, а также «продукты» общественной деятельности людей.

Таким образом, понятие ценности используется в философской социологии, психологии и педагогике для обозначения

¹ Здравомыслов А.П. Потребности. Интересы. Ценности. - М.: Изд. МГУ, 1986.

ния объектов и явлений, их свойств, а также абстрактных идей, воплощающих в себе общественные идеалы и выступающих в качестве эталонов должного. Возникновение ценности связано, с одной стороны, с предметами, явлениями и их свойствами, способными удовлетворить потребности человека, общества. С другой - ценность выступает как суждение, связанное с оценкой существующего предмета, явления человеком, обществом.

Ценность как единство объективного и субъективного отражает, во-первых, внешние свойства вещей, понятий и предметов, выступающих как объект ценностного отношения, во-вторых, личностные качества человека, являющиеся субъектом этого отношения людей в обществе, благодаря которым ценности становятся социально значимыми.

Следующий вопрос, который необходимо затронуть, - это классификация ценностей. Необходимость классифицировать вызвана тем, что она очерчивает границы ценностей, которые должны быть упорядочены и расположены по степени предпочтительности. Любая попытка расположения ценностей в порядке их важности, значимости включает элемент субъективного характера и в какой-то степени относительна, т.к. невозможно построить идеальную и иерархическую пирамиду ценностей. Причина кроется в изменчивости и подвижности критериев ценностей и их функций. Исследователь должен четко представлять, почему необходимо определить предпочтение одних ценностей другим, к чему может привести ошибка в иерархии ценностей, а также чего ожидать при правильном решении этой задачи.

Социологи рассматривают ценности как нормативы или регуляторы деятельности, согласно этому подходу происходит деление на ценности-нормы, ценности-идеалы, ценности-цели, ценности-средства и т.п.

С точки зрения того, чему служит данная ценность, исследователи В. Брожик, М. Рокич, В.А. Ядов выделяют ценности терминальные и инструментальные. К первым относятся ценности-цели, которые включают в себя значимые для человека цели жизнедеятельности; ко вторым - ценности-средства, то есть орудия, при помощи которых достигаются поставленные цели (по Ядову, терминальные ценности - это любовь, творчество, свобода, красота, познание, мудрость, работа, друзья, семья, активная жизненная позиция уверенность в себе, самостоятельность, здоровье, общественное

признание, сохранение мира. К инструментальным же относятся образованность, жизнерадостность, чуткость, воспитанность, твердая воля, честность, широта взглядов, рационализм, высокие запросы, исполнительность, самоконтроль.

В.П. Тугаринов выделяет несколько групп ценностей: ценности жизни (жизнь, здоровье, радость жизни, общение); ценности культуры, которые в свою очередь подразделяются на материальные (техника, жилище, пища, одежда), социально-политические (справедливость, свобода мир, безопасность, человечность) и духовные (образование, наука, искусство).

С.Ф. Анисимов выделяет:

- для людей значение безусловной ценности (жизнь, здоровье, знание, прогресс, справедливость, абсолютные ценности, которые неизменно сохраняют гуманность, духовное совершенство человека);

- антиценности или псевдоценности, то есть безусловные неценности при любых обстоятельствах (болезнь, смерть, голод, невежество, деградация человека и т.п.);

- релятивные (относительные) ценности, которые непостоянны, изменяются в зависимости от исторических, классовых, мировоззренческих позиций (политические, идеологические, религиозные, нравственные, классические, групповые).

А.В. Кирьякова выделяет ведущие группы ценностей и соответствующие им ценностные ориентации: отечество, труд, познание, красота, жизнь, человек, - что позволяет обозначить наиболее актуальные направления ориентационной деятельности, по ее мнению. Существенной для ориентации особенностью выделенного круга ценностей является их педагогическая минимальная достаточность. В самом общем виде процесс ориентации может быть представлен как расширяющееся жизненное пространство, в котором личность строит, приобретает определенную «траекторию своего движения» сообразно ориентирам: ценностям внешнего мира и ценностям самопознания, самооценки, саморазвития. Выбор жизненной цели, планов, перспектив человек осуществляет на основе познания обстоятельств и самого себя, обращаясь в прошлое, живет в настоящем, ориентируясь на будущее. Этот процесс не одномоментное обретение качества, он растянут во времени, имеет свои этапы, последовательно соотносимые с общим ростом и возрастным развитием человека, формированием его личностных свойств.

Развитие этого процесса взаимодействия внешнего (среды, социума, культуры, в котором зафиксированы общечеловеческие ценности цивилизации) и внутреннего (потребностей, интересов, свойств личности) выражается в обогащении опыта личности, обретении ею определенной устойчивости взглядов, оценок, стремлений и поведения. Можно утверждать, что именно жизненная перспектива, в которой соотносится общее и личностное, является продуктом процесса ориентации, его критерием.

А.В. Кирьякова утверждает, что процесс ориентации в мире ценностей имеет определенные стадии:

1. Познание мира ценностей общества.
2. Осознание себя в этом мире (самосознание), осуществляемого на основе присвоенных личностью ценностей.
3. Построение своей жизненной перспективы в освоенной системе.

Ориентация всегда подразумевает будущее, она необходима для постановки целей и построения линии ее достижения. Следовательно, для личности, определяющей свою жизненную перспективу, необходимо учитывать все три времени: вчера - сегодня - завтра - трансперспективу.

Обеспечивает же развитие личности наличие трех взаимосвязанных фаз, составляющих процесс ориентации.

Фаза присвоения личностью ценностей общества по мере своего функционирования продуцирует ценностное отношение - ценностные ориентации и иерархическую систему ценностных отношений.

Фаза преобразования, базируясь на присвоении личностью ценностей, обеспечивает преобразование образа «Я», которое развивается во взаимодействие «Я - реальное», «Я - идеальное» - жизненный идеал». Фаза преобразования является центральным компонентом ориентации.

Фаза прогноза - завершающая, обеспечивает формирование жизненной перспективы личности как критерия ориентации.

Ориентация синтезирует в себе процесс присвоения личностью ценностей общества, момент преобразования личности на основе приобретаемых ориентиров, а также включает самопроектирование жизнедеятельности на основе отношений к себе, миру, будущему¹.

¹ Кирьякова А.В. Теория ориентации личности в мире ценностей. - Оренбург: Южный Урал, 1996.

Специфика формирования ценностного отношения состоит в том, что познание окружающего мира опосредуется у студентов присутствием других людей, следовательно, знания, воспринимаемые через призму другого, эмоционально окрашены дважды: эмоциональной личностной оценкой другого человека и собственными чувствами.

Характер приобретаемых знаний, формирующих ценностное отношение к миру, отличается от знаний научных, так как ценностное отношение предполагает оценку познаваемого, соотнесение новых знаний с уже имеющимися у человека ценностными ориентациями и присвоение их.

И.В. Дубровина, Б.С. Круглов предлагают дифференцировать объекты по их ценностному значению для человека внутри каждой группы, что в отличие от философского и социологического подходов является характерной чертой психологического аспекта изучения ценностей личности.

Таким образом, в классификации ценностей среди учебных существуют две точки зрения:

1. Фиксируется внимание на «психологических характеристиках» ценностей.
2. Подчеркивается «социальная значимость ценностей».

Процесс ориентации студентов на ценности должен являться неотъемлемой частью образовательного процесса в вузе. Теория ценностей позволяет раскрыть новые стороны действительности и человеческих отношений, связанные с выбором людьми их жизненных ориентиров.

В цикле философско-социологических дисциплин понятие «ценностные ориентации» соотносится с категориями «норм и ценностей», ценностных систем и социального действия; в цикле конкретно-социологических дисциплин - с мотивацией и управлением деятельностью людей и их объединений; в цикле социально-психологических - с механизмами поведения и деятельности человека и их регуляции; в педагогических - с процессом становления, с ориентацией личности на социально значимые ценности. Приоритетную группу социально значимых общечеловеческих ценностей для студентов вуза можно определить таким образом: «Человек как ценность». Значение исследования ценностных ориентаций индивида определяется тем, что они представляют основной канал усвоения духовной культуры общества, превращения культурных ценностей в стимулы и мотивы практического поведения людей. Процесс ориентации есть восхождение лич-

ности от ценностей одного порядка к ценностям более высокого порядка на основе диалектического закона возвышения потребностей (А.В. Кирьякова). Фазность ориентации включает в себя присвоение ценностей общества, преобразование себя на основе присвоенных ценностей или использование присвоенных ценностей в реальной практической деятельности. Образ культуры страны изучаемого языка рассматривается как первый ближайший результат процесса ориентации, основанного на познании.

Аксиологический подход нашел глубокое отражение в работах педагогов и психологов, посвященных иностранным языкам¹.

Ценностная функция иностранного языка воспринимается обучаемым как средство развития иноязычного когнитивного потенциала, при этом иноязычные знания выступают инструментом формирования иноязычных речевых умений и способности к креативной деятельности в целом. Коммуникативная функция иностранного языка реализуется в процессе обмена информацией, получаемой обучаемым в ходе овладения иностранным языком. Осуществление коммуникативной функции трактуется нами с позиций обмена информацией на вербальном и невербальном уровне. То есть иностранный язык как социально значимый ориентир формирования ценностных отношений студента в аспекте осуществления коммуникативной функции представляет собой, во-первых, средство активной вербальной коммуникации и, во-вторых, способ извлечения, поиска и личностной трансформации разнообразной информации как на вербальном, так и на невербальном уровнях.

При создании педагогических условий, способствующих развитию познавательной активности студентов, мотивации к иноязычной речевой деятельности и креативной деятельности в целом, иностранный язык как социально значимая ценность вплетается в систему ценностных отношений личности студента к соотношению собственного «Я» с окружающими общественными реалиями.

Определяя образование как социально значимую ценность, мы опираемся на концепцию интегративного педагогического целеполагания в образовании.

¹ Леонтьев А.А. Основы психолингвистики. - М.: Смысл, 1997. Кулагина С.Г. Лингвострановедение как фактор развития аксиологического потенциала студента: автореф. дис. канд. пед. наук, 1996.

Выделение образования как социально значимой ценности, ориентация на которую формирует систему ценностных отношений личности студента, актуализируется в процессе обучения иностранным языкам с позиций системно-ценностного подхода.

Иностранный язык в этом аспекте выступает как средство достижения принципиально нового уровня образования, выражаемого в развитой системе иноязычной компетенции студентов университета.

Понятие личности как центрального звена в обучении иностранному языку представляет собой связующее начало рассмотренных ранее социально значимых ценностей: иностранного языка, образования, знания. Последние являются также и личностными категориями, так как изучение иностранного языка воплощается через передачу и трансформацию индивидуального и личностного опыта и знаний, а процесс образования структурирован в рамках субъект-субъектных (преподаватель - студент) и субъект-объектных (студент - учебные знания) взаимоотношений.

Потребность в специалистах, владеющих иностранным языком, особенно возросла в настоящее время в связи с развитием международных контактов, освоением новых технологий и интенсификацией профессиональной деятельности в тесном контакте с зарубежными специалистами.

Обусловленная социальным заказом общества разработка вопросов обучения иностранным языкам специалистов является одной из самых актуальных проблем преподавания иностранных языков. В новой концепции обучения иностранному языку в неязыковом вузе подчеркивается, что иностранный язык является неотъемлемым компонентом профессиональной подготовки современного специалиста любого профиля. Проблемам обучения иностранному языку в неязыковом вузе уделяется пристальное внимание многими педагогами-исследователями. Задачи вузовского курса определяются в первую очередь коммуникативными и познавательными потребностями специалистов соответствующего профиля, и он включает изучение закономерностей языка, мышления, особенностей речесвязи коммуникативной деятельности, а также моделирование и обучение ситуациям коммуникативного воздействия.

Умение личности студента конструировать и проектировать свою деятельность, как иноязычную, так и креативную деятельность в целом, реализуется лишь в условиях осознан-

ной оценки личностью своего собственного «Я» и значимости индивидуальных иноязычных знаний в соответствии с уровнем коллективных знаний и коллективного сознания.

В этом аспекте весьма оправданным нам представляется пересмотр содержания учебной работы студентов в рамках овладения ими иностранным языком. Имеется в виду переориентация педагогического целеполагания учебной работы студентов: от сугубо учебной деятельности к «квазипрофессиональной», в которой сочетаются черты учения и профессиональной деятельности.

Необходимо создание обстановки профессиональной деятельности в учебных условиях. В этом случае учебная информация выполняет не только функцию целей и предмета иноязычного восприятия, но является средством оптимизации профессиональной деятельности.

Иностранный язык и иноязычные знания следует рассматривать и как особый вид человеческой деятельности. Это предполагает наличие у студентов умений управлять своими знаниями и проектировать будущую деятельность. В этом смысле особое внимание следует уделять развитию абстрактного мышления студентов, умения соотносить когнитивный потенциал с реальными запросами общества, равно как обогащению эмоционально-ценностной сферы личности обучаемого. Мы рассматриваем иностранный язык как развитие и передачу индивидуального знания и переход его в коллективное знание. Иностранный язык, иноязычные знания составляют основу иноязычного когнитивного потенциала, а он, в свою очередь, - основу иноязычной компетенции, и создают предпосылки к развитию речемыслительной деятельности, а это определяет умение студента управлять знаниями и деятельностью (Ю.И. Старкова).

Рассмотрение иностранного языка как аксиологической среды развития личности студента представляет собой средство формирования системы ценностных отношений. Личность студента как субъект аксиологической среды самостоятельно определяет цепочку ценностного целеполагания, реализуя обобщенный ценностный механизм «поиск - оценка - выбор - проекция». Ценностный потенциал иноязычного материала предоставляет студенту возможности реализации всех указанных этапов ценностного целеполагания. Иноязычный материал и заключенное в нем ценностное содержание является для личности студента источником возможного аксиологичес-

кого диалога, в результате которого обучаемый выстраивает свою собственную систему ценностных отношений.

Наиболее перспективным с точки зрения развития ценностных ориентаций, обеспечивающих обогащение аксиологического потенциала студентов-юристов, изучающих французский язык, на наш взгляд, является специальный курс «Интеркультурная коммуникация. Французское право: аксиологический аспект», интегрирующий в себе знания философии, этики, истории, права, литературы, психологии и педагогики и позволяющий, таким образом, формировать у студентов-юристов ценностно-ориентированное представление о правовой системе Франции, понимание феноменов свободы, справедливости, долга и ответственности как духовных ценностей в общечеловеческом и профессиональном контексте.

На основе анализа результатов экспериментального исследования, материалов пробного введения данного спецкурса был сделан вывод, что предлагаемый спецкурс успешно реализуется в три формирующих этапа.

I этап - ценностно-мотивационный

Когнитивная сторона ценностных ориентаций представлена знаниями о сущности ценностных ориентаций. Причем чем шире тезаурус, чем глубже и системнее знания, определяющие информированность студентов о ценностных категориях свободы, справедливости, долга и ответственности, тем надежнее фундамент ориентации студентов в окружающей действительности, в сфере их будущей профессиональной деятельности. Чем полнее представлен историзм в развитии знаний, тем глубже ценностное отношение к ним. Обращенность освоенных личностью знаний о прошлом «работает» на настоящее и будущее (А.В. Кирьякова). Для характеристики процесса присвоения знаний важен тот факт, что эмоциональный и иррациональный компоненты всегда присутствуют, всегда слиты в познании объективной реальности.

На этапе присвоения знаний особо важно многообразие форм морального просвещения, в спецкурсе - это информация морально-этического характера, различные определения свободы, справедливости, долга и ответственности. Большое значение имеет проникновенность, доходчивость, эмоциональность изложения материала.

Первоначально в опыте коллективной деятельности знания могут и не оказывать влияние на формирование мотивов

и отношений личности. Знания пока просто фиксируются в сознании.

Для того, чтобы выработать у студентов ценностное отношение к феноменам свободы, справедливости, долга и ответственности как базовым ценностям профессии юриста, необходимо, прежде всего, привнести эти ценности в содержание курса. А.Н. Леонтьев отмечал, что ценности, сложившиеся в культуре, являются только тогда действенными для человека, когда обретут для него «личностный смысл». Только преобразовав ценности на личностном уровне, человек способен проектировать будущее. Поэтому необходимо предоставить студентам многоплановую информацию через обзор существующих научных школ и направлений с акцентом на современные проблемы. Объясняя, не следует забывать, что на одну единицу информации, подлежащей усвоению, необходимо давать две единицы пояснений, то есть дополнительной информации. Вводная лекция очень важна, так как стимулирует интерес студентов к данной теме и от того, как она пройдет, зависит, по существу, дальнейший ход восприятия и переработки информации. Первое занятие должно вызвать интерес, который может быть сформирован в процессе обучения через предметное содержание деятельности между участниками учебного процесса. Этому способствует не только широкое использование фактора новизны, но и элементов проблемности в обучении. Для того, чтобы механизм мышления начал функционировать, необходимо организовать мыслительные действия. Организация мыслительных действий на первом занятии может быть осуществлена следующими методами: созданием проблемных ситуаций, условий для организации самостоятельной работы студентов, элементов игровых ситуаций; формулировкой проблемных, активизирующих вопросов, изложений учебной информации методом размышления вслух.

Профессиональные качества, необходимые будущему юристу, - это, прежде всего, нравственные качества, поэтому мы стремились посредством спецкурса развить у студентов черты характера, значимые для их будущей профессиональной деятельности. Усвоение студентами-юристами моральных норм наряду с прочим происходит благодаря осмыслению литературных образов. Эстетическая привлекательность героя или какого-либо события - одно из основных условий положительной оценки литературного образа, то есть развитие моральных критериев предполагает развитие критериев эстетических.

В художественном произведении представленные в нем события, процессы, герои требуют соответствующей оценки их читателем. И с этой точки зрения общение с литературным произведением можно рассматривать как внутренний диалог между студентом и писателем, сопровождающийся формированием у него нравственных позиций.

Таким образом, в процессе ценностно-мотивационного этапа происходит обогащение студентов информацией системным образом, в котором опорные, ведущие идеи выступают системообразующими мнениями в аккумуляции, синтезировании информации в целостный образ мира. Благодаря интересу обеспечивается вхождение студентов-юристов в жизнь общества через развитие их ценностных ориентаций.

II этап - ценностно-эвристический

Ориентация студентов на ценности свободы, справедливости, долга и ответственности есть процесс восхождения личности к нравственно-правовым ценностям на основе диалектического закона возвышения потребностей. И поисковая деятельность должна рассматриваться как необходимая в повышении самостоятельности и активности студентов в учебном процессе, в развитии их творческих способностей, мышления, формирования познавательных интересов.

Потребность в приобретении знаний об объекте или явлении проявляется в формулировке вопроса, в осознании проблемы, в постановке цели. Фактически это формирование задачи. Студенческая жизнь - это поиск ответов на возникающие вопросы, поиск своего места в жизни.

Велика роль и оценки. Оценка как средство определения значимости вещи становится обязательным элементом поведения и общения. Оценка служит познанию мира других людей, самопознанию собственного внутреннего мира.

На семинарских занятиях, анализируя Конституцию Французской республики, студенты дают оценку правам и свободам, зафиксированным в основном законе государства. В процессе изучения тем «Гражданский кодекс Франции», «Уголовный кодекс Франции» студенты оценивают правовые нормы цивилизованного государства, осознавая их общечеловеческую значимость.

Devoirs.

1. Concretisez l'idée que «chacun a droit au respect de sa vie privée».

2. Quel article du Code civil francais correspond a l'article 9 de la «Declaration des droits de l'homme et du citoyen» qui stipule: «Tout homme etant presume innocent jusqu'il ait ete declare coupable...»?

3. Expliquez en francais l'expression latine «Dura lex sed lex».

На семинарских занятиях часто используется диалог как средство формирования личностно ориентированного знания. Задача педагога - создание учебной ситуации, которая актуализирует, делает востребованным личностные качества обучаемых и предполагает усвоение содержания образования в условиях диалога как особой дидактико-коммуникативной среды, обеспечивающей субъективно-смысловое общение, рефлекссию, самореализацию личности. Активное участие студента в такой учебной ситуации реализует его личностную ориентацию в познании, которая понимается как последовательное введение в него все большего числа параметров, характеризующих человеческое измерение научного знания, создает его ценностное отношение к миру, формирует его личностно ориентированное знание. Показатели того, что знания присваиваются, является умение не просто высказывать суждения, а рассуждать, выражать свое мнение, обосновывать свою точку зрения, давать оценки поступкам, отношениям, явлениям.

Развитие гуманитарного мышления имеет огромное значение в плане готовности решать ситуацию нравственного выбора и нести ответственность за свои решения. Сущность гуманитарного мышления выступает как большой диалог образов культуры, как форма общения людей. Диалог - это альтернативность, а присвоение знаний в диалоге - это выбор. В плане обозначенной проблемы интеркультурное общение (Россия-Франция) может стать источником активности студентов в присвоении ценностей.

III этап - ценностно-креативный

На данной стадии формирования убеждений включаются ориентационно-практические методы: такая система дел, заданий, ситуаций, в которых студент должен поступать в соответствии с нравственными нормами, и тогда деятельность и знания выполняют регулирующую функцию поведения (Т.К. Ахаян), овладевая которой студент в процессе деятельности поднимается на более высокую ступень своего развития, так как информация, эмоциональное отношение к

эталонам соотносятся с личностью. Знания могут перейти и на следующую стадию получения ими побудительной силы мотива и выступить не только в качестве критериев, оценки поступков, но и в роли стимулов или тормозов поведения и отношений. Знания выполняют побуждающую функцию смыслообразующего мотива.

На занятиях по французскому языку мы ставили перед собой задачу, которая заключалась не в том, чтобы дать возможность студенту «владеть материалом, но в том, чтобы приспособить материал для питания мысли». Осознавая важность фактора формулирования, сознательного установления, заключающегося в обобщении материала. Мы уделяли большое внимание определениям, а именно дефинициям ценностей, которые составили суть исследования. Ведь определение означает главным образом развитие понятия из неясности в определенность. И такое словесное определение свободы, справедливости, долга и ответственности на русском и французском языках являлось завершением постоянного роста ясности, как в филологическом плане, так и в плане просветления нравственного сознания. Только тогда, когда время от времени подводятся общие итоги - «ум приходит к выводу», а когда достигнуты выводы - появляется умственный запас для будущего понимания.¹ Рассматривая процесс обучения как специфический процесс познания в его противоречии - как процесс постоянного движения и развития, мы понимали, что процесс познания студента нельзя сводить к заучиванию готовых знаний, в нем нет раз и навсегда заданной прямолинейности, постоянного механического движения на пути к истине, в нем есть большие и маленькие скачки, спады, неожиданные повороты мысли, возможные озарения. Познание соткано из противоречий. Основное противоречие является движущей силой процесса обучения, потому что оно неисчерпаемо, как неисчерпаем процесс познания. Это противоречие между выдвигаемыми ходом обучения познавательными и практическими задачами и наличным уровнем знаний, умений и навыков студентов, их умственного развития и отношений. Противоречие становится движущей силой обучения, если оно является содержательным, то есть имеющим смысл в глазах студентов. Разрешение противоречия должно стать явно осознаваемой ими необходимостью, на создание

¹ Дьюи Д. Психология и педагогика мышления. - М.: Совершенство, 1998. С. 208.

которой и должны быть направлены педагогические усилия по воспитанию положительной мотивации учения, которой способствовали общая атмосфера в группе, включенность студента в коллективистические формы организации разных видов деятельности, отношения сотрудничества педагога и студента, помощь педагога не в виде прямого вмешательства в выполнение задания, а в виде советов, наталкивающих самого студента на правильное решение, привлечение преподавателем студентов к оценочной деятельности и формирование у него адекватной самооценки. Кроме этого, в целях формирования мотивации к изучению французского языка можно использовать занимательность изложения материала (интересные примеры, факты); необычную форму изложения материала; эмоциональность речи; познавательные игры; ситуации спора и дискуссии; анализ жизненных ситуаций; разъяснение значимости учения и изучения иностранного языка в частности, возможностей использования знаний по иностранному языку в будущем.

В ходе реализации спецкурса мы постоянно учитывали тот факт, что эмоциональность есть один из путей активизации восприятия. Мы стремились преподнести учебную информацию на чувственной основе то есть растормозить механизм восприятия. Нами всегда учитывался фактор тонизирующего влияния положительных эмоций на дальнейшее движение вперед для достижения новой цели. Успех, пусть даже малый, ободряет, порождает чувство уверенности в своих силах. В известных пределах именно положительные эмоции обеспечивают быстрое продвижение вперед за счет «перешагивания» через информационные пустоты. Ничто так не способствует возникновению эмоций, как значимая цель, достижение которой стало органической потребностью человека.

Мы использовали такие приемы формирования положительных эмоций в процессе занятий по французскому языку, как создание творческой обстановки; отступления (например, исторический экскурс), сравнения; использование эпитетов, поговорок, обобщающих высказываний известных ученых, писателей; изменение интонации; использование мимики и жестов; улыбку; одобрение действий обучаемых; паузы. Весьма эффективным является использование афоризмов, этой «конденсированной мысли», мгновенно ложащейся в память.

Мир ценностей воспринимается через призму личностных смыслов и воспитателя и воспитанника. И поскольку зна-

ния, которые студент приобретает во взаимодействии с педагогом, транслируются через личность преподавателя, они как бы дважды окрашены эмоционально, дважды усилена их субъективная значимость, определяя гармонию усиление или диссонанс. Мы уже подчеркивали ту мысль, что именно те знания, которые не лишены личностного смысла, оцениваются как значимые, как ценность. Но осуществить передачу таким образом, чтобы знания приобрели смысл для воспитанника, можно только в том случае, если они значимы для самого педагога.

Значимость педагогической оценки состоит еще и в том, что оценка для ученика существует как самостоятельная ценность, как путеводитель, который показывает направление поиска истины и стимулирует самосознание.

Таким образом, знания, с одной стороны, являются результатом познания, с другой стороны, будучи оценены, поднимаются до уровня ценностных ориентаций.

Мы стремились опровергнуть ложное мнение, распространенное среди студентов о том, что изучение иностранного языка - это только «зубрежка» и формальное запоминание. Воспроизведение заученного материала является только вводным обстоятельством, хотя и неизбежным, в процессе культивирования работы мысли. Мы категорически не согласны с мнением, что в обучении иностранному языку основная нагрузка ложится на память в ущерб мысли. Правильно поставленное обучение развивает и мышление и память, а развитие памяти очень важно, так как «акты запоминания лежат в основе всех рассуждений, и точность запоминания обуславливает в известной степени состоятельность рассуждения» (А.Ф. Каптерев).

На занятиях по французскому языку в процессе интеркультурной коммуникации мы считали необходимым обучать технологии учебной работы, в которой имело место формирование совокупности приемов и способов логического, осмысленного запоминания.

В условиях интеркультурной коммуникации восприятие сведений страноведческого характера через призму родной культуры студентов создает предпосылки для ценностного отношения к языку как к составной части всей духовной культуры общества и изучение иностранного языка уже не представляется студенту механическим заучиванием новых слов и грамматических правил. Языковые единицы

воспринимаются как носители информации об особенностях менталитета.

Таким образом, эффективность педагогического процесса зависит от единой гармонически организованной системы обучения и воспитания, что и необходимо учитывать в педагогической деятельности.

РАЗВИТИЕ НАВЫКОВ ПИСЬМЕННОЙ РЕЧИ СТУДЕНТОВ ПРИ ОБУЧЕНИИ АНГЛИЙСКОМУ ЯЗЫКУ

*Халюшева Г.Р. -
кандидат педагогических наук,
доцент кафедры иностранных языков*

Последнее десятилетие бесспорно характеризуется возрастающим интересом к изучению иностранных языков. Этот интерес объясняется экстралингвистическими факторами, обеспечивающими высокую степень мотивации языковых знаний и умений. Он же является причиной концептуальных перемен, переживаемых методикой обучения иностранным языкам.

Сделать обучение языку эффективным можно только при условии, что подлежащий усвоению языковой материал и приобретаемые навыки и умения отвечают потребностям обучаемых. А эти потребности сильно изменились. Если 10-15 лет назад основной задачей обучения иностранным языкам в неязыковых вузах было приобретение навыков чтения и перевода, то на сегодняшний день такой задачей является устно-речевое общение. Однако для тех из нас, кто чутко реагирует на изменения в социальном заказе общества, совершенно очевидно повышение интереса к письменным видам речевой деятельности и возросшая потребность в практическом овладении ими.

Естественно, в нашем случае речь идет, прежде всего, о деловой коммуникации в профессиональной сфере. Эффективная письменная коммуникация невозможна без четкого представления о культурных и риторических традициях (ожиданиях) в иностранном языке. Незнание культурных особенностей может быть причиной того, что читатель неверно воспримет речевое намерение пишущего, что приведет к иска-

жению акта коммуникации. Нужна кропотливая работа, направленная на создание номенклатуры деловой, юридической и другой документации, речевых штампов, требований к оформлению и организации письменных сообщений, сравнительное описание существующих традиций в родном и иностранном языке. Таких знаний недостает не только студентам, но зачастую и профессиональным переводчикам и преподавателям. Осложняется ситуация неразработанностью подобных традиций в родном языке, а также неосведомленностью обучаемых и обучающихся в этой области.

Письмо как самостоятельная речевая деятельность считается наиболее трудной, длительно формируемой и позднее других (аудирования, говорения и чтения) созревающей человеческой способностью. По ряду причин оно до сих пор не обрело в иноязычном образовании места, адекватного своей значимости и потенциальным возможностям. Письмо в иноязычном вузовском образовании используется в основном как вспомогательное средство при овладении формальными аспектами языка и основными видами речевой деятельности. Использование письма не в основных функциях - как средства концептуализации знаний и интеллектуализации личности, способа дистанционного взаимодействия с носителями иной культуры и языка, условия освоения социокультурного опыта, материализованного в письменности (текстах), средства и способа самовыражения, - а в побочной, второстепенной, не способствует его развитию как самоценного и самостоятельного вида речевой деятельности.

Если говорить о месте письменных видов коммуникации в профессиональной деятельности специалиста, то опрос 245 опытных инженеров и 837 деловых людей, проведенный Американским обществом содействия инженерному образованию, показал, что умения письменного общения считают чрезвычайно важными 45% и 30% опрошенных соответственно, очень важными - 51% и 44%, довольно важными - 4% и 23% и не очень важными - 0% и 3%. Подобные же результаты приводятся и другими исследователями: из 595 выпускников инженерных специальностей Калифорнийского университета в Беркли 75% считают, что навыки письма способствовали их продвижению, и почти все (95%) ответили, что придают им особое значение при принятии решений о найме на работу или продвижении по службе. Что касается времени, затрачиваемого инженерно-техническими специа-

листами и учеными на коммуникативную деятельность, то здесь приводятся такие цифры: собственно письмо - около 25% рабочего времени; чтение написанного другими - около 11%; устные выступления - около 7% рабочего времени.

Хотя информация об исследованиях подобного рода в отечественной литературе практически отсутствует, разумно предположить, что интеграция в мировую систему экономики и расширение международного сотрудничества во всех сферах жизни позволяют экстраполировать приведенные данные и на наших специалистов. Указанная проблема тем более актуальна для отечественной педагогики, что обучение навыкам коммуникации (как устной, так и письменной, и особенно последней) не являлось неотъемлемой частью нашего неязыкового образования.

На сегодняшний день приоритетными в сфере образования принято считать такие формы и средства, которые сближают процесс познания с реальным поведением человека, где он сам принимает решения и эмоционально переживает результат; которые способствуют тому, чтобы студент овладел методами самостоятельного поиска решений в различных областях науки и культуры, теории и практики.

Так, говоря о технологиях обучения в высшей школе, Е.С. Заир-Бек и Б.В. Авво подчеркивают, что они должны выполнять следующие функции:

- инициирование активности студентов;
- оснащение способами продуктивной деятельности, работы с разнообразными формами текстов;
- стимулирование индивидуального выбора и мотивации творчества;
- обеспечение развития критического мышления, обмена ценностными суждениями;
- активизация сотрудничества в коллективной работе;
- тренинг моделей этических педагогических стратегий поведения и коммуникативных умений;
- помощь в самоуправлении исследовательской деятельностью; получение «Я-сообщений».

Очевидно, что решение этих задач с помощью традиционных способов обучения сегодня проблематично. Нам видится, что новые педагогические технологии предоставляют для этого более широкие возможности. Одной из наиболее эффективных для формирования субъектной позиции студентов и развития их личности в целом нам представ-

ляется педагогическая технология развития критического мышления.

Данная технология может воплощаться в различных видах учебной деятельности, но наилучшим из них является, как нам кажется, письменная работа - как для преподавателей, так и для студентов.

Существует точка зрения, что письмо - наиболее эффективное средство обучения критическому мышлению. На письме процесс мышления становится видимым и, следовательно, доступным для преподавателя. Пишущий всегда активен. Он всегда мыслит самостоятельно и пользуется при этом всем имеющимся у него багажом знаний. Он выстраивает достойную аргументацию для подкрепления своего мнения. Хорошая письменная работа содержит в себе поиск решения некоей проблемы и предлагает найденный ответ читателям. Кроме того, она по природе своей носит социальный характер, так как пишущий всегда ориентируется на читателя.

Ученые, исследующие теорию и практику рефлексивного обучения, формулируют следующие принципы использования преподавателем в учебном процессе механизмов письменной рефлексии:

- поощрение исследовательского письма. Важно поощрять студентов к ведению дневников и написанию различных отзывов, причем упор делается на умение зафиксировать идеи для последующего размышления и обсуждения, а не для обнародования в некоей законченной форме;

- поощрение личного авторства студентов. Изначально важна позиция, заключающаяся в том, что каждый является экспертом хотя бы в узкой области собственного опыта;

- поощрение самого процесса письма. Знакомство с совершенными по форме и написанными талантливыми авторами текстами не должно привести студентов к мысли о невозможности написания ими самими хороших текстов. В этом случае важным является знакомство учащихся с процессом писательского творчества: дневниками, записными книжками писателей с целью показа всех трудностей создания писателями их творений;

- содержание должно быть выше формы. Форма не должна ограничивать желание студентов передавать свои мысли в письменном виде.

С другой стороны известно, что для студентов письмо - трудная, точнее, самая трудная часть учебного процесса. По

своей сути, письменные задания требуют от студентов самостоятельного осмысления, сосредоточенности, некоторых интеллектуальных, физических и временных затрат. Кроме того, они зачастую попросту сложнее остальных, что бывает вызвано множеством языковых, психологических или каких-либо иных проблем. Все это превращает письмо в отнюдь не простое занятие не только для студентов, но и для их преподавателей.

Естественно, что, давая письменное задание, преподаватель прибавляет хлопот и себе самому. Проверка и оценивание письменной работы занимает множество времени, будь то отслеживание ошибок или изучение ее содержания. В этом смысле задачи, стоящие перед преподавателем, ничуть не проще тех, с которыми сталкиваются студенты. В ходе проверки текста наше внимание чаще бывает захвачено различными языковыми умениями и навыками студентов, а не их способностью решать поставленные коммуникативные задачи, чему бывает сложно дать формальную оценку. Кроме того, обучающиеся письму также в первую очередь обеспокоены правильностью написания, необходимостью избежать ошибок в орфографии или пунктуации. Все это усложняет обучение письму, по сравнению, например, с обучением говорению, поглощая его коммуникативную направленность.

Сами письменные задания, которые практикуются на занятиях по иностранному языку, часто не порождают у студентов должной мотивации, слабо соотносятся с реальными жизненными ситуациями или же не имеют коммуникативной направленности. Письменные задания редко выполняются непосредственно на занятии, в том числе и из-за нехватки времени, чаще всего это форма домашней работы, что лишает студента увидеть немедленную реакцию на свое творение, оценить степень своего выполнения поставленной коммуникативной задачи.

И, наконец, имеющиеся учебники и учебные пособия не всегда или же недостаточно эффективно способствуют развитию умений и навыков письменной речи. Поэтому на занятиях желательно использовать дополнительные материалы, помогающие создавать ситуации, максимально приближенные к реальной жизни, интересные для обучающихся и мотивирующие их к написанию некоего текста с целью достижения определенного коммуникативного эффекта.

Существует множество доводов, равно как и способов для того, чтобы сделать письменные задания более притягательными, интересными и, безусловно, полезными для обеих сторон-участниц образовательного процесса.

Во-первых, нужно задуматься о том, что пишут люди в своей повседневной жизни. Мы составляем списки, сообщения электронной почты, резюме, служебные записки, отчеты, доклады, расписания. В школьные или студенческие годы это могут быть различные творческие задания или эссе. Некоторые из нас увлечены написанием статей для интернет-сайтов или общением на форумах. Все эти формы письменной речи имеют четкую коммуникативную направленность и адресованы определенной аудитории. Следовательно, нам необходимо провести четкое различие между письменными заданиями, направленными на обучение непосредственно письму, и теми, что имеют своей целью развитие каких-либо других умений и навыков (грамматических, лексических). Как только это различие будет осознано преподавателями и донесено ими до студентов, коммуникативные цели и задачи письма выйдут на первый план.

В связи с этим преподавателям необходимо выработать способы реагирования не столько на уровень владения языком, сколько на содержание того, о чем пишут студенты. Внимание преподавателя к содержанию текстов письменных сообщений повлечет увеличение интереса и мотивации студентов, и, как следствие, приложение ими дополнительных усилий с целью донести свои мысли до читающего. В этом смысле крайне важно обеспечить студентов реальной, заинтересованной аудиторией - это может быть сам преподаватель, читающий работу, отдельные студенты или целые студенческие группы, участники интернет-форумов или сайтов.

Важно найти способы сочетать письмо с другими видами деятельности на занятии, комбинируя навыки письма с другими, что придаст письменным заданиям большую значимость и повысит интерес к ним. При этом следует использовать задания, наполненные особой значимостью для студентов, максимально приближенные к реальности, опирающиеся на интересы и потребности студенческой аудитории. Это могут быть и индивидуальные задания, ориентированные на отдельных студентов.

Любое занятие, имеющее своей целью развитие навыков письма, имеет несколько этапов: генерирование идей, выде-

ление главных, работа с текстом-образцом, планирование нового текста, его написание, предварительное оценивание работы другими студентами, окончательная проверка текста.

Безусловно, не каждое занятие должно включать в себя все вышеперечисленные этапы: иногда, в зависимости от стиля текста и/или времени, отведенного на его написание, можно отдавать предпочтение лишь некоторым из них. При этом необходимо поощрять работу студентов в парах или небольших группах, обсуждение отдельных вопросов, обмен идеями или другой информацией, что способствует параллельному развитию умений и навыков говорения, слушания и чтения.

Этап генерирования новых идей бывает, как правило, первым на занятии по обучению письму. Даже в тех случаях, когда студентам предстоит написать текст некоего официального стиля, требующий определенного набора традиционных фраз и клише, использование собственного опыта и идей студентов может сделать задание более значимым и запоминающимся для них.

Так, например, прежде чем приступить к составлению письменной жалобы, студенты вспоминают ситуации, когда они сами оставались недовольными качеством товаров или услуг, и обсуждают подобные ситуации с партнером.

На первом этапе подготовки к написанию эссе можно раздать студентам небольшие полоски бумаги и озвучить тему. После приблизительно трех минут самостоятельной работы, когда каждая возникающая идея записывается на отдельной полоске бумаги, студенты переходят к обсуждению в группах, где из всех представленных идей выбираются самые лучшие. В результате каждая группа выступает с тремя отобранными идеями перед всей студенческой аудиторией. При этом совершенно не важно, если эти идеи не войдут в окончательные варианты написания эссе, главное - это преодолеть психологический барьер: «Я не могу придумать ничего интересного про это».

Выделение главных идей - это следующий этап в подготовке к написанию эссе. В нем из множества выдвинутых ранее идей необходимо выделить наиболее важные, максимально отвечающие заданной преподавателем теме и, возможно, отражающие какую-либо особую точку зрения на представленную проблему.

На данном этапе целесообразно объединение генерируемых группами идей в кластеры, которые затем объединяются

преподавателем на доске в единую схему, отражающую идеи всех групп. Здесь же можно представить студентам некоторые словосочетания, которые в дальнейшем будут им максимально полезны при изложении собственных мыслей.

Далее студенты работают самостоятельно 10 минут, не задумываясь о возможных грамматических или пунктуационных ошибках. Это помогает им развить идеи, возникшие на предыдущем этапе. После этого студенты сравнивают написанное, и прибегают к помощи словаря, преподавателя или других студентов, чтобы уточнить слова или выражения, вызвавшие у них затруднения.

После осмысления собственных идей и отбора наиболее важных из них, студентам предлагается работа с текстом-образцом, чтобы ознакомить их с традиционными способами изложения в аналогичных по стилю текстах. Это поможет им приобрести уверенность при работе с различными текстами.

Студенты сравнивают несколько текстов, схожих по функционально-стилистическим признакам, и выделяют общие для них грамматические и стилистические явления. Таким образом, студенты приобретают опыт работы с различными видами текстов, накапливая определенный запас характерных для них грамматических и лексических конструкций.

После ознакомления студентов с традиционной структурой подобных текстов они могут перейти к планированию собственных, построенных по аналогии с прочитанными. Студенты в группах разрабатывают планы, включая количество абзацев и ключевые идеи каждого из них. Затем несколько групп могут обменяться планами для сравнения и обсуждения.

Обычно в процессе написания эссе требуются несколько предварительных черновых вариантов. В жизни, а тем более на занятии, это не всегда возможно. Иногда все же полезно предупредить студентов заранее, что вы ожидаете в дальнейшем получить второй, более детально проработанный вариант. Работа на данном этапе может быть индивидуальной, проходить в классе или дома, или же совместной, в парах или группах.

Оценивание работы не только преподавателем, но и курсниками повышает мотивацию студентов, многократно увеличивает их интерес к заданию. Студенты высказывают свои комментарии по поводу того, что им понравилось / не понравилось в работе, что особенно удалось, а что, возможно, следовало бы выразить иначе, и авторы написанного по-

лучают возможность внести изменения во второй вариант работы с учетом всех высказанных пожеланий. Преподаватель также может принять участие в обсуждении на этом этапе, высказав свое мнение о содержании или структуре работы, однако, без выставления какой-либо оценки или исправления ошибок.

При работе над окончательным, чистовым вариантом работы необходимо сосредоточить внимание студентов на проверке текста на наличие в нем грамматических, лексических, орфографических или иных ошибок. После этого преподавателю следует лишь указать на ошибку, не исправляя ее. Самостоятельный поиск ошибок, их исправление послужат дополнительным упражнением на закрепление и повторение материала.

Существует три ключевых критерия, гарантирующие эффективность и успех у студенческой аудитории предлагаемых преподавателем письменных заданий: направленность на поддержание высокого уровня мотивации у студентов, достаточный уровень сложности и возможность получения незамедлительной ответной реакции аудитории.

Для мотивации письма необходимо создание некой выразительной, притягательной для студентов ситуации. В этом отношении обучение письму схоже с обучением грамматике или использованию новой лексики. Следует всегда задумываться о том, какова же ситуация, в которой употребляется данное языковое явление.

Создать должную ситуацию общения, одновременно повысив мотивацию студентов, можно, прибегнув к помощи изображений, музыки, диалогов, различных реалий, а также выстроив определенный сюжет.

При этом важно поддерживать допустимый уровень сложности заданий. Студенты считают письменные задания трудными, поэтому их мотивация может понизиться, если им будет предложено выполнить большой объем письменной работы. Можно уменьшить объем задания, привнеся в него дополнительную сложность: например, ограничив студентов во времени написания или количестве разрешенных для употребления слов. Задание станет сложнее для выполнения, однако значительно возрастет интерес к нему и стремление решить поставленную преподавателем непростую задачу.

Возможность увидеть реакцию студенческой (или иной) аудитории на свою работу, обсудить ее достоинства в группе,

быть услышанным и понятым зачастую гораздо важнее и полезнее, чем просто пометки об ошибках, сделанные рукой преподавателя. В большинстве случаев проверку работы преподавателем можно отложить до более поздних этапов.

Рассмотрим некоторые примеры заданий, направленных на развитие навыков письменной речи в рамках технологии развития критического мышления.

1) «Parents never say...» - это задание выполняется на уровне написания отдельных предложений, поэтому его можно использовать даже на занятии со студентами начального уровня обучения.

Для поддержания высокого уровня мотивации у студентов, обсудите с ними ряд требований, обычно выдвигаемых родителями дома. Напишите некоторые из них на доске, например: «Come home before 9 o'clock. / Don't eat too many biscuits». Спросите: «What do parents never say?». Озвучьте некоторые из предложенных вариантов, таких как «Please don't tidy your room», «Use the telephone a lot», «Stay up very late». Обсудите еще несколько идей.

Чтобы обеспечить достаточный уровень сложности, разделите студентов на группы из четырех человек, с лидером, автором, следящим за временем и выступающим в каждой. Раздайте каждой группе по большому листу бумаги. В результате совместного обсуждения каждая группа должна представить восемь вариантов просьб или требований, крайне нетипичных для родителей, записав их на бумаге. Ограничьте студентов во времени, отведя на выполнение задания, скажем, десять минут. Предупредите их, что наилучший набор «родительских правил» будет выявлен путем голосования.

Далее лидеры всех групп вывешивают на доске / стене полученные наборы правил, студенты получают возможность изучить их и проголосовать за лучший из них (при этом нельзя голосовать за свои собственные правила). В том случае, если в выполненных работах присутствуют ошибки, требующие исправления, можно сразу после этого, не снимая листы, посвятить некоторое время выявлению и обсуждению ошибок со студентами. Все это дает возможность увидеть реакцию аудитории на свои идеи, почерпнуть что-то полезное для себя из других работ, пережить ситуацию успеха. Как следствие этого у студентов развивается внутренняя потребность в письме как средстве самовыражения.

2) «Bad news».

Для поддержания высокого уровня мотивации у студентов, предложите студентам прослушать отрывок из какой-либо программы новостей, сообщающий о неожиданном или даже шокирующем событии местного масштаба. Так, например, это может быть известие о скором сносе одного из старейших зданий в городе.

Основная идея данного упражнения заключается в создании реалистичной, захватывающей ситуации, что может быть достигнуто с помощью изображений данного здания, фотографий участников радиопередачи. Правильно организованная преподавателем ситуация вызовет внутреннюю потребность писать, выражая, таким образом, свою точку зрения на происходящие события. В данном случае важно подобрать проблему, действительно волнующую студентов.

Затем студенты работают в парах, составляя короткие письма или сообщения электронной почты, адресованные «мэру города», излагающие их точку зрения на планируемое событие. Для поддержания достаточного уровня сложности следует строго ограничить время написания текстов писем. При этом преподаватель наблюдает за работой студентов, помогает им с разрешением возникающих языковых трудностей. На данном этапе не стоит обращать особое внимание на допущенные студентами ошибки.

После этого студенты обмениваются письмами и читают их, а затем отвечают от лица «мэра города».

3) «Написание эссе».

Смысл этого приема можно выразить следующими словами: «Я пишу для того, чтобы понять, что я думаю». Это свободное письмо на заданную тему, в котором ценится самостоятельность, проявление индивидуальности, дискуссионность, оригинальность решения проблемы, аргументации. Обычно эссе пишется прямо в классе после обсуждения проблемы и по времени занимает не более пяти-десяти минут.

Новые возможности в этом направлении может дать использование современных компьютерных технологий обучения, которые естественным образом вписываются в учебный процесс неязыкового вуза. Компьютер становится непосредственным участником этого процесса и способствует созданию обучающей среды особого рода, обеспечивающей сотрудничество при порождении письменного сообщения. Это делает письмо частью многогранного процесса, включающего

в себя и все остальные виды речевой деятельности. Освобождая преподавателя и студентов от механической работы, компьютер позволяет сосредоточиться на более сложных проблемах, требующих творческого подхода и определяющих качественные характеристики обучения.

Таким образом, разработка методических подходов к обучению письменной коммуникации и соответствующих заданий требует четкой формулировки основных принципиальных моментов. Прежде всего, нужно сказать, что звуковая и письменная разновидности речевой коммуникации автономны, хотя и имеют высокий уровень корреляции. Определенные психологические, лингвистические и когнитивные факторы делают письмо более сложным способом общения, требующим тщательного отбора лингвистических средств, высокой степени логичности и взаимосвязанности суждений, соблюдения определенных функциональных ограничений и требований к организации различного рода письменных сообщений.

Письмо, даже на родном языке, требует серьезного предварительного обучения, более высокого уровня физической и умственной активности. Овладение им происходит медленно. Еще больше процесс обучения иноязычному письму осложняется низким уровнем обученности письму на родном языке, особенно функциональной стороне письменного общения, что выражается в стремлении переводить слова и предложения, а не идеи или функциональные намерения. Преодоление этого барьера требует серьезной работы, направленной на создание специальной системы тренировочных и коммуникативных упражнений.

**ТРУДЫ ОРЕНБУРГСКОГО ИНСТИТУТА
(филиала) МГЮА**

Выпуск девятый

Подписано в печать 03.10.2008 г.
Формат 84x108/32. Бумага офсетная. Гарнитура TimesDL.
Усл. печ. л. 28,98. Тираж 200.